

Le secret de fonction en droit fédéral suisse

THÈSE

présentée à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel
pour l'obtention du grade de docteur en droit

par

RENÉ PERRIN
de Noiraigue (Suisse)
licencié en droit



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41550816_0080

**Le secret de fonction
en droit fédéral suisse**

On parle peu quand la vanité ne fait pas parler.

La Rochefoucauld.

Dans sa séance du 19 février 1947, le Conseil de la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel a autorisé la publication de la présente thèse de M. René Perrin, ayant pour titre : *Le secret de fonction en droit fédéral suisse*.

La Faculté ne donne ni approbation, ni improbation aux opinions émises, ces opinions devant être considérées comme propres à l'auteur.

Au nom de la Faculté de droit :
François CLERC, vice-doyen.

Le secret de fonction en droit fédéral suisse

THÈSE

présentée à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel
pour l'obtention du grade de docteur en droit
par

RENÉ PERRIN
de Noiraigue (Suisse)
licencié en droit



INTRODUCTION

I

Le secret de fonction n'est-il pas une institution périmée ? Peut-on souffrir que, dans une démocratie, l'administration publique dissimule des affaires au peuple souverain ? Ne devrait-elle pas travailler au grand jour ? Le citoyen n'aime pas le mystère. A-t-il le sentiment qu'un bureau officiel cache quelque chose, il lui prête aussitôt les plus noirs desseins. Cette réaction est saine dans son principe. La crainte des divulgations est souvent salutaire : tenant fonctionnaires et gouvernants en haleine, elle prévient des erreurs et des injustices. « La publicité empêche, de même, bien des petites infamies politiques et administratives. »¹ De là à condamner le secret de fonction, il y a cependant une marge que d'aucuns ont franchie avec peut-être plus d'ardeur que de réflexion. On connaît leur principal argument : l'administration devrait être une maison de verre.² L'image est séduisante, mais... fragile. Demandons à ces pourfendeurs de ténèbres s'ils consentent que l'Etat divulgue les informations qu'il possède sur leur fortune, leurs ressources, sur leur entreprise, sur des circonstances intimes consignées par exemple au registre de l'état civil, sur leurs tares physiologiques, décelées par les médecins militaires. Et l'on voudrait interdire à l'Etat d'observer, quand le bien commun est en jeu, une discrétion qui paraît toute naturelle pour sauvegarder des intérêts privés ? En vérité, nous ne croyons pas qu'une telle prétention soit, aujourd'hui, sérieusement émise. Les événements de ces dernières années ont ouvert tous les yeux. Personne n'exige plus que des décisions concernant la défense nationale, que des plans militaires soient, à l'heure du danger, livrés en pâture à l'opinion publique. Les plus obtus ont compris

¹ Hauriou, Principes de droit politique, p. 708.

² Cf. Waline, Le secret professionnel des fonctionnaires, p. 65 ; Bull. st. CN 1912, p. 96 et 115.

que, dans l'ordre économique également, certaines mesures devaient entrer en vigueur avant de parvenir à la connaissance du public, leur succès dépendant d'un effet de surprise. Chacun se souvient de restrictions qui n'atteignirent pas pleinement leur but, parce que les consommateurs, alertés par des indiscretions, s'étaient in extremis rués à l'assaut des magasins.

La nécessité du secret professionnel des fonctionnaires ne saurait donc être valablement contestée. Ses limites, en revanche, ne sont pas immuables. Si l'instauration, puis l'affermissement de la démocratie tendent à les rétrécir¹, une autre force agit en sens inverse. Les progrès de l'étatisme forment le thème de multiples variations. Nous n'en composerons pas une nouvelle. Comment ne pas constater, néanmoins, qu'ils se traduisent par des ingérences toujours plus fréquentes et plus poussées dans la sphère privée des individus et des entreprises ? Les domaines qui y échappent encore ressemblent à une peau de chagrin. En Suisse, le pouvoir central paraît affligé d'une véritable fringale de renseignements. Nous sommes presque tous conviés à l'apaiser, soit en remplissant des formules, soit en répondant aux questions de solennels inspecteurs, soit en leur montrant des documents ou d'autres objets que nous préférierions celer. Or, chacun de ces empiètements appelle une extension corrélative du devoir de discrétion. L'économie de guerre, à laquelle nous avons déjà fait allusion, a notablement accru l'importance de ce devoir non seulement en multipliant les atteintes à la liberté individuelle — les exploitants n'avaient jamais été sujets à une inquisition aussi serrée, devant maintes fois lui livrer leurs secrets d'affaires les plus précieux — mais aussi parce que les dépositaires de ces secrets sont, pour la plupart, des employés engagés à titre temporaire, qui retourneront un jour ou l'autre dans des entreprises privées. Ne seront-ils pas tentés d'utiliser à des fins de concurrence les connaissances acquises au cours de leur activité officielle ? C'est ce qui inquiète les milieux économiques².

Le secret de fonction des agents de la Confédération soulève donc un problème actuel. Or, il est mal connu. Certes, l'article 320 CP fait l'objet de deux monographies récentes, l'une de

¹ Cf. infra, p. 21.

² Article du journal « Der Organisator » N° 319 d'octobre 1945 ; lettre du directoire de l'Union suisse du commerce et de l'industrie à la Centrale fédérale de l'économie de guerre du 23 juin 1944.

M. Issler, l'autre de M^{lle} Grossmann¹. En revanche, le côté administratif de la question est à peu près resté dans l'ombre. Seul Esslinger a pris la peine d'explorer ce domaine dans son ensemble². Mais, datant de 1906, sa thèse est antérieure aux textes aujourd'hui en vigueur. Il y a donc une lacune à combler. C'est à quoi nous nous appliquerons. Vu les travaux d'Issler et de Grossmann, que nous ne voulons pas refaire, notre sujet gravitera autour des art. 27 et 28 de la loi du 30 juin 1927 sur le statut des fonctionnaires (StF). Nous ne nous référerons à l'art 320 CP qu'à des fins comparatives.

II

Il s'ensuit que notre sujet n'embrasse pas le devoir de discrétion incombant aux fonctionnaires cantonaux et communaux, ainsi qu'au personnel des organisations internationales qui ont leur siège en Suisse. Il ne s'étend qu'au secret de fonction d'agents de la Confédération. Lesquels sont soumis aux art. 27 et 28 StF ? Ces dispositions ne s'appliquent directement qu'aux fonctionnaires fédéraux, c'est-à-dire aux personnes nommées en cette qualité par le Conseil fédéral, par un service qui lui est subordonné, par le Tribunal fédéral ou par le Tribunal fédéral des assurances (art. 1^{er} StF). Quant aux agents qui n'ont pas cette qualité, ils se divisent en employés et en ouvriers. Parmi les uns et les autres, on en trouve dont les rapports de service relèvent uniquement du droit public, les autres étant engagés en vertu de contrats de droit privé³. Les différences entre ces deux catégories s'estompent d'ailleurs à mesure que de nouvelles normes impératives restreignent la liberté des contrats⁴. Il n'est toutefois pas indispensable de s'arrêter aux

¹ Issler, Die Verletzung des Amtsgeheimnisses nach schweiz. Recht, Strafgesetzbuch Art. 320 ; Grossmann, Die Verletzung des Amtsgeheimnisses auf Grund des Art. 320 des schweiz. Strafgesetzbuches.

² Das Amtsgeheimnis und dessen Verletzung.

³ Selon Kern, Das dienstrecht des Bundespersonals insbesondere die Vermögensrechte infolge Beedigung und Umgestaltung des Dienstverhältnisses, p. 34, c'est une erreur de penser que les rapports de service des employés sont toujours régis par le droit public et ceux des ouvriers par le droit privé.

⁴ Huber, Das Dienstverhältnis des Bundesarbeiters, soutient, p. 29 à 31, que les rapports de service des ouvriers ressortissent au droit public.

nuances qui subsistent encore, car on peut admettre que le statut des fonctionnaires s'applique par analogie à tous les agents non fonctionnaires, en tant qu'il se concilie avec la nature de leurs rapports de service et que des règles spéciales ne statuent pas d'exceptions¹. Or, à notre connaissance, aucune disposition n'exempte certains agents de toute obligation au secret². Au contraire, de nombreuses prescriptions imposent expressément le mutisme à des catégories déterminées de non fonctionnaires^{3 4}. D'autre part, nous ne concevons pas un seul emploi dont la nature exclurait le devoir de discrétion. C'est à tort que quelques auteurs soutiennent qu'il ne lie que les fonctionnaires d'autorité⁵. Abandonnée par la doctrine dominante⁶, la distinction entre fonctionnaire d'autorité et fonctionnaire de gestion ne trouve aucun écho dans la loi StF. *Tout le personnel de la Confédération est, par conséquent, astreint à ce devoir, tel qu'il découle des art. 27 et 28 StF*⁷.

Vu les dimensions de l'appareil administratif et la diversité de sa tâche, la discrétion requise de ses agents joue pratiquement un beaucoup plus grand rôle et suscite plus de difficultés que le secret enjoint aux employés de l'ordre judiciaire. C'est pourquoi, en n'y incluant point ces derniers, nous allégerons notre ouvrage, sans éliminer de questions essentielles.

¹ Message, p. 200 ; Kern, op. cit., p. 35 et 36.

² Les dérogations à l'art. 27 StF ne lèvent le secret qu'envers certaines personnes ou autorités.

³ Ainsi, pour les ouvriers d'exploitation des CFF, le ch. 39 du règlement du 12 décembre 1940/30 mai 1941 ; pour les ouvriers auxiliaires, le ch. 14 des directives du 28 mai 1943. Quant aux employés de l'économie de guerre, l'art. 14 al. 3 de l'ordonnance — non publiée — du Conseil fédéral du 8 mars 1938 sur l'organisation de l'économie de guerre et le ch. 7 de l'ordonnance du Département de l'économie publique du 28 septembre 1942 déclarent notamment applicables les art. 27 et 28 StF.

⁴ L'art. 26 de l'ordonnance du 1^{er} avril 1947 sur les rapports de service des employés de l'administration générale de la Confédération enjoint le secret, dans les mêmes termes que l'art. 27 StF, aux employés, soit aux personnes qui ne sont ni des fonctionnaires ni des ouvriers rétribués à l'heure ou à la journée.

⁵ Werner, Le secret professionnel, p. 54 ; Willeumier, Le secret professionnel, p. 101.

⁶ Duguit, Traité de droit constitutionnel, t. II, p. 350 s. ; Secrétan, La situation juridique des fonctionnaires, p. 21.

⁷ Aussi prendrons-nous les termes « fonctionnaire » et « employé » au sens large, chacun d'eux s'appliquant à des agents de toutes les catégories.

III

On s'étonnera peut-être de la place que nous avons réservée, surtout dans nos exemples, à l'économie de guerre. Mais — nous venons de le relever — elle a donné au problème du secret de fonction un regain d'actualité. En outre, ayant travaillé plusieurs années dans l'un de ses organes, l'auteur n'a pas cru devoir s'interdire — tout en respectant lui-même le secret — de tirer parti des expériences qu'il a pu y faire.

Nous avons imaginé la plupart de nos exemples. Les initiales employées ne sont alors que des coquilles vides. Grâce au contexte, le lecteur ne s'y trompera pas.

IV

Enfin, nous exprimons notre gratitude aux services qui ont bien voulu nous donner des renseignements ou nous laisser consulter des dossiers.

CHAPITRE PREMIER

Le devoir de discrétion

Selon l'art. 27 al. 1 StF, le fonctionnaire doit s'abstenir de divulguer les seules affaires de service qui doivent rester secrètes en vertu de leur nature ou d'instructions spéciales. Analysons ces éléments.

SECTION PREMIÈRE

La notion d'affaires de service

Cette notion n'est pas aussi facile à circonscrire qu'il paraît d'abord. A côté des affaires dont il est chargé, un fonctionnaire apprend, dans l'accomplissement de sa mission, bien des choses dont il n'a pas à s'occuper lui-même. Ainsi la dactylo qui assiste à un entretien téléphonique de son chef, l'huissier qui, entrant dans le bureau d'un conseiller fédéral pour y déposer des dossiers, surprend des bribes de conversation, le fonctionnaire qui reçoit les confidences d'un requérant sentimental. Il suffit de penser aux rapports qu'un agent a nécessairement avec ses collègues et, en général, avec des employés d'autres bureaux pour se convaincre qu'il est impossible d'empêcher que des faits étrangers à son travail ne parviennent à sa connaissance. Ces faits sont-ils tous visés par l'art. 27 al. 1 StF ? Le sont-ils en partie seulement ? Si l'on distingue, quel critère appliquer ? ¹ Trois thèses s'affrontent.

¹ Nous comptons, sur ces points comme sur d'autres, puiser des éclaircissements dans de nombreuses décisions administratives concernant des indiscretions. Notre espoir fut déçu. Les enquêtes disciplinaires relatives à la violation de l'art. 27 StF sont d'une rareté déplorable — du point de vue scientifique s'entend. Les rapports de gestion du Conseil fédéral mentionnent presque tous, en vérité, au chapitre du Ministère public, des indiscretions. Mais la grande majorité ont trait au service postal. Sauf un ou deux cas, d'ailleurs cités dans des publications officielles, notre récolte a été nulle — ce qui atteste surtout la discrétion des fonctionnaires à la porte desquels nous avons frappé.

A. Selon la première, ne sont affaires de service que celles que le fonctionnaire est chargé de traiter. Van Calker, qui la défend, étudie le droit allemand¹. Mais, vu l'analogie que l'article 27 al. 1 StF présente avec le § 11 de la loi allemande du 17 mai 1907, il vaut la peine de s'arrêter à son argumentation.

Il exige entre la fonction et l'affaire un rapport de causalité voulu par l'Etat ; il faut que l'agent ait appris le fait non pas de façon fortuite ou occasionnelle, mais en vertu de sa compétence.² Que cela signifie-t-il ? Un exemple le dira. B., chargé de fixer les rations de sucre des entreprises industrielles, reçoit, par la voie du service, une lettre de la fabrique de chocolat Z., qui, invoquant une forte hausse de son chiffre d'affaires, réclame une attribution supplémentaire de 10 %. C'est parce que sa tâche officielle consiste à fixer les rations de sucre qu'il est instruit de cette requête. La causalité dont parle van Calker est donc réalisée. Elle ne l'est pas si L., comptable dans le même office, lit la lettre de la maison Z. en attendant B. dans le bureau de celui-ci. Pourra-t-il éventer les chiffres qu'elle contient sans enfreindre le secret de fonction ? La dactylo et l'huissier pourront-ils claironner les faits appris dans les circonstances que nous avons décrites, en alléguant qu'ils ne rentrent pas dans leur compétence ?

L'admettre, ce serait rendre le secret administratif à peu près illusoire. Cette institution servant en premier lieu les intérêts de l'Etat³, il serait étrange que le législateur ait pris les mots « affaires de service » dans un sens qui la stérilise. L'opinion de van Calker est donc trop étroite. Au reste, elle n'est pas suffisamment motivée. Elle procède d'une analogie qui, en réalité, n'existe pas. Van Calker écrit qu'il y a affaire de service si l'employé en est instruit non pas incidemment, mais en vertu de sa fonction, *c'est-à-dire* sur la base de son autorité juridique ou de sa compétence.⁴ Or ce n'est pas la même chose. Si, dans une séance réunissant des fonctionnaires de plusieurs offices, un représentant de l'Administration des contributions fait allusion à un projet d'impôt, ses interlocu-

¹ Die Amtsverschwiegenheitspflicht im Deutschen Staatsrecht.

² Op. cit., p. 144.

³ Cf. infra, p. 25.

⁴ « ... wenn also das Kennenlernen nicht etwa bloss « gelegentlich », sondern... vermöge des Amtes, d.h. auf Grund der rechtlichen Autorität oder Zuständigkeit des Beamten erfolgt » ; op. cit., p. 144.

teurs attachés à d'autres services en sont informés non « sur la base de leur compétence », car les questions fiscales ne sont pas de leur ressort, mais « en vertu de leurs fonctions » ; en effet, c'est en qualité de fonctionnaires qu'ils assistent à la séance et qu'un secret leur est confié. Par l'emploi abusif de la locution « c'est-à-dire », van Calker a donc indûment restreint le champ des affaires de service.

A son avis, la connaissance fortuite, par un agent du fisc, du casier judiciaire d'un contribuable ne l'astreint pas au secret, même s'il la doit à un autre fonctionnaire, car, normalement, il ne la tire pas de son activité officielle.¹ S'il a été renseigné par un employé indiscret, qui a l'habitude de révéler à ses amis et connaissances ce qui se passe au bureau, nous sommes d'accord avec l'auteur. En revanche, si l'information lui a été donnée en sa qualité de fonctionnaire², eu égard notamment au secret administratif, elle se range parmi les affaires de service. Pratiquement la distinction peut être malaisée ; mais cette difficulté n'en diminue pas la justesse.

La thèse que nous combattons ne se concilie du reste pas avec l'art. 21 al. 2 StF³. Le collègue que je consulte dans une affaire délicate doit aussi observer le mutisme⁴ à son endroit. Lui permettre d'en parler sous prétexte qu'elle ne rentre pas dans ses attributions serait une inconséquence qu'il n'y a aucune raison d'imputer au législateur.

B. A l'opinion qui limite le cercle des affaires de service aux travaux dont le fonctionnaire est officiellement chargé, s'oppose celle qui l'étend à tout ce qu'il apprend dans l'accomplissement de son service. Le Conseil fédéral paraît s'y être rallié. Son ordre de service du 6 octobre 1911 rappelait à tous les fonctionnaires qu'ils devaient garder le secret sur « les constatations qu'ils ont faites en vertu de leurs fonctions ou au cours de leur service ».⁵ Si l'on compare les art. 26 et 27 de

¹ Eodem loco.

² Cf. infra, litt. C, p. 17 et s.

³ Cf. infra p. 98 in initio.

⁴ L'art. 27 al. 1 StF interdit la divulgation sous toutes ses formes ; cf. infra, p. 38 s. Aussi, quand nous disons que l'agent doit observer le mutisme ou garder le silence, n'entendons-nous pas insinuer qu'il lui est permis d'ébruiter un secret d'une autre manière, par la plume par exemple. Inversement, si nous écrivons qu'il a le droit de parler de tel fait, le lecteur comprendra qu'un autre mode de révélation est également licite.

⁵ Message, p. 105. Burckhardt, Le droit féd. suisse, N° 303 I.

son projet de loi sur le statut, on voit que, pour lui — la deuxième disposition étant le corollaire de la première — les affaires de service consistent dans les constatations¹ que l'agent a faites « en raison de ses fonctions ou dans l'accomplissement de son service ». Or, au cours de son service, un employé peut faire des constatations à titre privé. Les deux membres de l'alternative ne sont donc pas équivalents.² R. va solliciter un permis auprès du chef de section L. La conversation se prolonge et, poussé par le besoin de s'épancher, il finit par dévoiler ses malheurs conjugaux. C'est dans l'accomplissement de son service que L. recueille ces confidences, mais non en vertu de sa charge, car elles s'expliquent non point par sa position officielle³, mais par l'état d'esprit de R. et la confiance que son interlocuteur lui inspirait. Ne serait-il pas absurde de les classer parmi les affaires de service pour la seule raison, d'ailleurs fortuite, que L. est fonctionnaire ? Nous nous refusons à admettre que bénéficient du secret administratif les confidences dont leur auteur doit savoir qu'elles n'ont aucun rapport avec le règlement de son affaire.⁴

Les observations de B. durant un voyage de service, il les fait dans l'accomplissement de son service, mais non en raison de sa fonction, puisqu'elles sont à la portée d'autres voyageurs. Il n'y a donc aucune raison valable de les assimiler à des affaires de service et d'exiger, à leur égard, la discrétion de l'agent. Aussi paraît-il évident que ni le Conseil fédéral ni les Chambres (qui, à l'art. 28⁵ ont maintenu l'alternative) n'ont exactement mesuré la portée des mots « au cours » ou « dans l'accomplissement de son service ».

Objectera-t-on que ces constatations peuvent être incluses sans inconvénient dans les affaires de service, parce que, n'étant pas secrètes en vertu de leur nature ou d'instructions spéciales, elles ne tombent de toute façon pas sous le coup de l'art. 27 StF ? Nous répondrons d'abord qu'elles peuvent fort bien être se-

¹ Sur le sens de ce terme manifestement trop étroit, cf. *infra*, p. 17.

² Contra, Grisel : La liberté d'opinion des fonctionnaires en droit fédéral suisse, p. 90.

³ A moins que R. n'ait délibérément tenté de l'apitoyer dans l'espoir d'obtenir plus facilement l'autorisation.

⁴ H. Fisch, *Amtsgeheimnis und Verantwortlichkeit des Zivilstandsbeamten*, p. 153 ; P. Issler, *op. cit.*, p. 26.

⁵ Sur cet art., cf. *infra*, p. 83 s.

crètes : le croyant endormi ou absorbé par sa lecture, les deux voyageurs qui partagent le compartiment de B. entament une conversation confidentielle. Ensuite, c'est par un véritable abus de termes qu'on taxerait d'« affaires de service » des constatations que tout le monde peut faire.¹

C. La troisième opinion découle de la réfutation des deux premières. Sont affaires de service les constatations faites par l'agent en raison de sa charge, c'est-à-dire en sa qualité de fonctionnaire. Nous disons « constatations » selon la terminologie de la loi (art. 28) et du projet (art. 27). Mais un fonctionnaire apprend beaucoup plus de choses qu'il n'en constate. Souvent, il n'en perçoit qu'une représentation écrite ou orale. A. n'a pas constaté que la maison S. vend ses produits au-dessus des prix imposés, il le lit dans le rapport d'un inspecteur. Il n'a pas remarqué les intrigues de H. pour évincer un autre candidat ; c'est un collègue qui l'en instruit. D'autres fois, la connaissance du fait procède d'un raisonnement ou d'une intuition. Il ne serait donc pas logique ni conforme aux intérêts de l'Etat de limiter le secret de fonction aux constatations. Les textes allemands usent du terme plus large « Wahrnehmungen », qui n'a pas d'équivalent exact en français. Le substantif « perceptions », qui en approche davantage, ici ne convient pas. L'art. 320 CP emploie le verbe « wahrnehmen »², qui n'a pas été rendu par « constater », mais par « avoir connaissance »³. Nous obtenons la définition suivante : *est affaire de service tout ce dont le fonctionnaire a connaissance en raison de son emploi*. Le mode de connaissance (constatations, déclarations de tiers, déductions, etc.) ne joue pas de rôle. Peu importe, de même, que le fait appris concerne l'activité de l'administration ou celle d'administrés ; que l'agent le tienne d'un particulier, de son chef ou d'un collègue. A-t-il été communiqué au fonctionnaire comme tel, cela suffit pour qu'il pénètre dans le cercle des affaires de service.^{4 5}

¹ Köstler, Postgeheimnis, Amtsgeheimnis, Briefgeheimnis, p. 363, note, avec raison, que, même officiels, des faits perceptibles à chacun, p. ex. l'emplacement d'un bureau de poste, ne sont pas secrets.

² « Wer ein Geheimnis offenbart, ... das er ... wahrgenommen hat ... ».

³ « Celui qui aura révélé un secret ... dont il avait eu connaissance ... ».

⁴ Nous ne disons pas : pour qu'il soit secret. Il faut encore que soient remplies les autres conditions posées par l'art. 27 StF.

⁵ Même si la communication a été faite par erreur ; cf. Fisch, op. cit., p. 147.

Il est donc indispensable de déterminer chaque fois si l'agent en a été instruit en sa qualité de fonctionnaire ou comme particulier. D'ordinaire, cela n'offre pas la moindre difficulté. Aussi ne pouvons-nous souscrire à l'avis de M. Blass qui, la même situation se présentant à propos du secret professionnel, qualifie cette discrimination d'impraticable ; si l'on s'y tenait, le secret professionnel, pense-t-il, dégènerait en farce, les praticiens (avocats, médecins, etc.) devant constamment trier les faits qui parviennent à leur connaissance.¹ Cet argument nous paraît faible. Deux pages plus haut, M. Blass lui-même écrit que ce que les médecins, les pharmaciens et les avocats apprennent dans leur vie privée est leur affaire privée et qu'à cet égard, ils sont soumis au régime commun — ce qui implique la distinction qu'il repousse. Du reste, le Tribunal fédéral se soucie également de la qualité en laquelle une personne sujette au secret professionnel a reçu une communication.²

Ce critère dispense d'examiner si le fait considéré est venu à la connaissance de l'agent hors ou au cours du service. Si deux fonctionnaires s'entretiennent de leur activité professionnelle, chacun doit en principe admettre que l'autre compte sur sa discrétion et ne parle qu'eu égard à la qualité officielle de son interlocuteur. Aussi est-il indifférent que la conversation se déroule le matin, dans le bureau de l'un d'eux, ou le soir, dans un café.³ Inversement, les renseignements qu'un fonctionnaire reçoit à titre personnel ne prennent pas un caractère confidentiel au sens de l'art. 27 StF pour lui avoir été donnés pendant les heures de service.

Qu'en est-il des faits dont il est instruit à la faveur d'un excès de pouvoir ? Sont-ils visés par l'art. 27 StF ? G. traite une affaire que son chef s'était réservée ou, sans son consentement, procède à une visite domiciliaire chez U. Doit-il observer le silence sur ce qu'il apprend à ces occasions ? Ne peut-on pas soutenir que les actes qu'un agent accomplit au mépris de

¹ Blass, Die Berufsgeheimhaltungspflicht der Aerzte, Apotheker und Rechtsanwälte, p. 69.

² ATF 45 II 543. Dans le même sens, Grossmann, op. cit., p. 29.

³ D'après Grisel, op. cit., p. 89, le fonctionnaire qui trahit un secret d'Etat appris « hors de service » viole les art. 22 et 24 StF, à l'exclusion de l'art. 27. Nous sommes d'accord, s'il l'a appris à titre privé ; s'il le tient en vertu de son emploi, le moment où il en a été instruit — durant ou après le service — est dénué d'intérêt.

ses attributions n'ont rien d'officiel, que ce sont des actes purement personnels ? C'est en particulier l'avis de Burckhardt, qui soutient que de tels actes ne sauraient lier l'Etat.¹ Cette théorie, à laquelle la logique ne trouve rien à reprendre, ne vaut cependant pas en l'espèce. Il ne s'agit pas de savoir si un agent engage l'Etat par ses actes irréguliers, mais si les secrets dont il s'empare illicitement bénéficient de la protection de l'article 27 StF. En le niant, on restreindrait notablement l'efficacité de cette disposition. Or, bien qu'il ait outrepassé sa compétence, c'est en sa qualité de fonctionnaire que G. s'est procuré les dossiers que son chef voulait étudier lui-même et a pu pénétrer chez U. Sans doute une personne étrangère à l'administration pourrait-elle aussi forcer des secrets privés en se donnant faussement pour fonctionnaire. Ce n'est pas une raison d'exclusion du devoir de discrétion les faits appris grâce à un excès de pouvoir, pourvu qu'il y ait un lien entre l'action de l'agent et l'office dont il relève.^{2 3}

Quant aux faits dont il est instruit en vertu de son emploi, ce serait une erreur de distinguer entre ceux dont la connaissance est indispensable au règlement de l'affaire et ceux qui se révèlent inutiles. Il n'est pas rare que, dans le souci d'être complet, un requérant fournisse des détails dont l'administration n'a pas besoin ou que l'autorité chargée, par exemple, d'instruire un recours, demande des précisions qui, une fois les faits éclaircis, apparaissent superflues. Si c'est en sa qualité officielle que le fonctionnaire prend connaissance de ces détails ou de ces précisions, il doit les traiter comme affaires de service.

En résumé, *sont des affaires de service au sens de l'article 27 StF tous les faits que le fonctionnaire apprend en tant que tel, quel que soit leur rapport avec la mission qui lui est confiée.* Cette interprétation est, à notre avis, la seule raisonnable et la plus conforme à la ratio legis. Ni dans le message, ni dans les délibérations des commissions parlementaires et des Chambres, on ne trouve rien qui l'infirme.

¹ Organisation der Rechtsgemeinschaft, p. 388.

² Esslinger, op. cit., p. 42 et s. Sager, Die vermögenrechtliche Verantwortlichkeit der eidg. Behörden und Beamten aus rechtswidrigen Amtshandlungen dem Bunde und den Dritten gegenüber, p. 99.

³ Ce ne serait pas le cas si, se faisant passer pour un inspecteur du contrôle des prix, un employé des CFF réussissait à consulter les livres d'une entreprise privée. Il ne s'agirait du reste plus d'excès de pouvoir, mais d'incompétence absolue. Sager, op. cit., p. 100.

SECTION II

Les affaires de service confidentielles

Le Conseil fédéral jugeait toutes les affaires de service confidentielles. L'art. 26 de son projet énonce laconiquement : « Le fonctionnaire est tenu de garder le secret sur les affaires de service. » Quelles que soient leur nature et leur importance, Il lui serait donc défendu de dire, dans une conversation privée, que son office a engagé de nouveaux collaborateurs, qu'il reçoit en moyenne cinq dossiers par jour, que le papier sur lequel il doit rédiger ses brouillons est de mauvaise qualité, que, surchargé de besogne, son collègue W. a renoncé à prendre des vacances, que le directeur L. a l'habitude d'arriver en retard aux séances. Il devrait même se taire sur les affaires de service débattues en public. Van Calker relève que l'activité professionnelle du fonctionnaire est trop étroitement unie aux affaires de la vie quotidienne pour qu'on puisse l'astreindre au mutisme sur tout ce qu'il apprend de par son emploi ; celui qui essaierait de se plier à pareille règle perdrait la raison.¹

Comment le Conseil fédéral motive-t-il une disposition aussi draconienne ? L'art. 53, litt. c, CPF, alors en vigueur, menaçait de l'amende² le fonctionnaire ou l'employé de la Confédération s'il révélait « à qui que ce soit des communications verbales ou le contenu de pièces dont il a eu connaissance à raison de ses fonctions ou de son emploi, et dont le secret lui a été prescrit ». Ce dernier membre de phrase rétrécissait sensiblement la portée de la disposition. Le Conseil fédéral la déclare insuffisante³ : « En effet, il est impossible de prévoir toujours si une affaire doit être tenue secrète ou non,⁴ et conséquemment, on ne peut dans chaque cas imposer expressément l'obligation de garder le secret. Aussi a-t-on cherché à résoudre la difficulté en interdisant d'une manière générale au fonctionnaire de communiquer à des tiers ce qu'il a appris ou entendu dans l'exercice de sa

¹ Op. cit., p. 146.

² Et non de la prison, comme on lit à la p. 102 du message.

³ Ce n'est pas l'avis de tous ; cf. Escher, *Schweizerisches Bundesbeamtenrecht*, p. 126.

⁴ On ne peut pas non plus savoir d'avance à la connaissance de quels agents elle parviendra.

fonction. »¹ C'était trop de sévérité, succédant à une timidité excessive.

Ne sommes-nous pas en présence d'un vestige du régime policier, du Polizeistaat, dans lequel le prince n'avait de comptes à rendre à personne et où, par conséquent, le secret de fonction était absolu ?² En cachant tout ce qui pouvait lui nuire et en ne révélant à ses sujets que ce qui servait ses desseins, l'autocrate en avait fait un instrument de domination.³ Le recul des principes absolutistes amoindrit son importance. Dès que le peuple a des droits envers le monarque (monarchie constitutionnelle), il n'est plus possible de le maintenir dans l'ignorance de toutes les affaires. Conquiert-il la souveraineté, le domaine soustrait au secret administratif s'élargit encore.⁴ C'est pourquoi, favorisant le mystère, le texte que le Conseil fédéral avait soumis aux Chambres paraît anachronique. Pris à la lettre, non seulement il imposerait au fonctionnaire une gêne intolérable, mais, très souvent, il empêcherait les autorités de remplir leur mission, en leur interdisant de s'adresser à l'opinion publique. L'administration est beaucoup trop vaste pour que tous les communiqués officiels émanent du gouvernement. Les départements, les offices ont coutume de renseigner eux-mêmes la population sur les affaires de leur ressort. Comment concilier cette pratique — inéluctable — avec la règle que le Conseil fédéral demandait au parlement de sanctionner ?

Qu'elle crée une situation intenable, on s'en était rendu compte depuis longtemps en Allemagne. Le projet de loi de 1872 sur les fonctionnaires d'empire prétendait les astreindre au mutisme sur toutes les affaires de service.⁵ Au Reichstag, plusieurs députés combattirent cette prescription, propre à réduire le fonctionnaire à un complet isolement social. L'un d'eux déclara que, grâce à elle et sans avoir le talent d'un procureur général, il se faisait fort d'obtenir une punition disciplinaire de tous les fonctionnaires de Prusse. Un autre lui

¹ Message, p. 102.

² Chapuisat, La notion d'administration et le secret, p. 59 ; cf. Mayer, Le droit administratif allemand, t. I, p. 44 et s.

³ Esslinger, op. cit., p. 45.

⁴ Esslinger, op. cit., p. 46.

⁵ « Ueber die vermöge seines Amtes ihm bekannt gewordenen Angelegenheiten hat der Beamte Verschwiegenheit zu beobachten... » ; van Calker, op. cit., p. 121.

reprocha de provoquer les transgressions ; comme elle est inapplicable, la poursuite d'une indiscretion dans un cas particulier passe pour arbitraire. Finalement, le Reichstag se borna à ordonner la discrétion sur les affaires de service dont le secret s'impose en raison de leur nature ou a été prescrit au fonctionnaire par ses supérieurs.¹

On s'étonne qu'en 1924 le Conseil fédéral ait tenté de donner au secret administratif une extension qui, 51 ans plus tôt, avait paru inadmissible au législateur allemand. D'autant plus que, dans son message, il n'exprime nulle part l'intention de transformer le Palais fédéral en monastère. Il est vrai que, par son ordre de service du 6 octobre 1911, il rappelait déjà à tous les fonctionnaires qu'il exigeait d'eux une rigoureuse discrétion envers quiconque quant aux affaires de service.² Mais cela parut exagéré.³ Aussi quelques avant-projets du statut, notamment celui du Département des finances du 20 novembre 1920, limitaient-ils le devoir de discrétion aux affaires de service « secrètes en vertu de leur nature ou d'une disposition expresse ». Mais la commission du Conseil fédéral chargée d'examiner ce projet décidait, le 24 décembre 1922, de biffer ces derniers mots. Le procès-verbal ne dit pas pourquoi.

Il appartenait au parlement, comme en Allemagne, de mettre de l'eau dans le vin du gouvernement. A la commission du Conseil des Etats, M. Keller affirma qu'au cours de son service un fonctionnaire faisait une foule d'expériences à l'égard desquelles le secret n'entraînait pas en ligne de compte ; si l'administration avait des craintes, il lui était loisible de prescrire la discrétion sur tel ou tel fait. Le représentant du Conseil fédéral s'étant déclaré d'accord, la commission vota un texte qui est devenu l'art. 27 StF. Au Conseil des Etats, le rapporteur fit remarquer, sans donner d'exemples, qu'il y a des affaires que

¹ § 11 de la loi du 31 mars 1873 : « Ueber die vermöge seines Amtes ihm bekannt gewordenen Angelegenheiten, deren Geheimhaltung ihrer Natur nach erforderlich oder von seinen Vorgesetzten vorgeschrieben ist, hat der Beamte Verschwiegenheit zu beobachten, auch nachdem das Dienstverhältnis aufgelöst ist », que reproduit textuellement le § 11 de la loi du 17 mai 1907 ; cf. van Calker, eodem loco.

² Cf. supra, p. 15, note 5.

³ Dans une note non datée qui figure au dossier du Département des finances, le conseiller fédéral Müller écrivait : « Cela va beaucoup trop loin et n'est pas applicable ». Voir, en outre, Schächli, Die Zeugnispflicht des Bundesbeamten, p. 146.

le fonctionnaire non seulement n'est pas tenu de taire, mais qu'il doit révéler au public.¹ Aussi le Conseil adopta-t-il la proposition, d'ailleurs non combattue, de sa commission. De son côté, le Conseil national s'y rallia sans discussion.²

Il n'est donc pas interdit au fonctionnaire de divulguer³ toutes les affaires de service, mais celles seulement « qui doivent rester secrètes en vertu de leur nature ou d'instructions spéciales ».⁴

§ 1. La nature de l'affaire

I. Quelles sont les affaires dont la nature exige le secret ? Comment les distinguer des autres ? Les matériaux législatifs ne sont d'aucun secours. Au Conseil des Etats, le rapporteur s'est borné à dire, comme M. Keller à la commission, que tout employé savait ce que cela signifiait.⁵ C'est sans doute vrai dans la plupart des cas. Mais dans les autres, quel critère appliquer ? M. Grisel relève⁶ qu'« une affaire confidentielle par nature le demeurerait à jamais. Or, nous constatons qu'après un certain temps, tous les gouvernements autorisent la publication des secrets d'Etat et que les mêmes affaires peuvent être traitées publiquement dans un pays et secrètement dans un autre. Ce n'est donc pas « sa nature », mais plutôt « les circonstances » qui rendent une affaire confidentielle. »⁷ Parmi les affaires de service, il n'y en a pas qu'il importe davantage de tenir secrètes

¹ Bull. st. CE 1925, p. 119.

² Bull. st. CN 1926, p. 304.

³ Nous ne bannissons pas ce terme, dont a usé le législateur ; mais il est trop étroit ; cf. infra, p. 38.

⁴ Relevons, à titre documentaire, que le gouvernement de Vichy, qui avait enfin doté les fonctionnaires français d'un statut général, n'a pas été sensible aux considérations exposées ci-dessus. L'art. 10 de la loi du 14 septembre 1941 énonçait : « Le fonctionnaire est tenu à une discrétion absolue quant aux affaires ou aux faits dont il n'a pu avoir connaissance qu'en raison de ses fonctions. — Il lui est interdit de communiquer, sous quelque forme que ce soit, à une personne non qualifiée pour en prendre connaissance, tous renseignements ou pièces concernant le service. — Il ne peut, sauf autorisation préalable de ses chefs, et même dans le cas où il s'agit de compte rendu de voyages ou de missions à l'étranger, publier des écrits ou donner des conférences qui fassent état des informations recueillies par lui. »

⁵ Bull. st. CE 1925, p. 119.

⁶ Op. cit., p. 89.

⁷ Dans le même sens, van Calker, op. cit., p. 147.

que celles qui ont trait à la défense nationale ou aux négociations avec des Etats étrangers, car, souvent, la sécurité et l'indépendance du pays en dépendent. Or, même des secrets diplomatiques et militaires — chacun a pu s'en assurer ces dernières années — sont dévoilés une fois le danger conjuré. Les circonstances ayant changé, plus rien ne s'oppose à leur divulgation. La remarque de Grisel est donc judicieuse. Mais elle ne fait que déplacer la difficulté. Quand, dans quelles circonstances, une affaire doit-elle rester secrète ? Quelques exemples nous tireront peut-être d'embarras.

1. En été 1933, le Département de l'économie publique élaborait le projet de l'arrêté interdisant l'ouverture et l'agrandissement de grands magasins, de maisons d'assortiment, de magasins à prix uniques et de maisons à succursales multiples, arrêté qui, à la demande des cantons, devait avoir effet au 5 septembre 1933, date non de sa promulgation (14 octobre), mais du message à l'Assemblée fédérale.

2. Une enquête technique démontre que, contrairement à la rumeur, tel accident survenu quelques jours auparavant sur une ligne exploitée par les C. F. F., n'est pas dû à la vétusté du matériel.

3. Le 6 janvier 1946, la Centrale fédérale de l'économie de guerre a transféré ses bureaux de la rue Laupen 2 à la rue Fédérale 14.

4. Le 19 septembre, l'Office de guerre pour l'alimentation charge un inspecteur d'aller vérifier, le 23, les stocks d'huile de la maison N.

5. Le 4 août, le même office a engagé un nouveau traducteur.

6. Le Ministère public vient d'ouvrir une enquête contre un groupement suspect de menacer l'ordre public.

Ces faits devaient-ils rester secrets ?

1. Personne ne contestera que les travaux du Département étaient confidentiels jusqu'à la parution du message. Une divulgation prématurée eût engagé les entreprises visées par l'arrêté à activer leurs préparatifs d'ouverture ou d'agrandissement et, par là même, compromis le succès de la mesure.

2. Ici, l'autorité compétente a le devoir d'apaiser la population en l'instruisant de la véritable cause de la catastrophe.

3. Pour bien fonctionner, l'administration doit pourvoir à ce que les communications qui lui sont destinées lui parviennent sans retard, à ce que les gens qui s'adressent à elle trouvent sans peine les services compétents. D'où la nécessité d'annoncer les transferts de bureaux.¹

4. Le contrôle ordonné n'a de sens que s'il est exécuté à l'improviste. La décision prise doit rester secrète jusqu'à ce que l'inspecteur se présente dans l'entreprise N.

5. Nous cherchons en vain une raison de celer ce fait. Il n'y en a d'ailleurs pas davantage de le crier sur les toits.

6. Les besoins de l'enquête commanderaient le mutisme. D'autre part, de nombreux journaux critiquant vertement l'inertie des autorités, un communiqué officiel serait propre à dissiper le mécontentement.

Que ressort-il de ces exemples ? Si, dans les cas 1 et 4, le secret doit être respecté, c'est que la divulgation nuirait à l'Etat, ne serait-ce qu'en entravant le fonctionnement de l'administration, tandis que, dans les cas 2, 3 et 5, elle ne présente aucun inconvénient pour lui.

Plus épineux, le 6^e n'est pas moins instructif. L'enquête doit-elle, ou non, rester secrète ? Pourquoi balance-t-on à se prononcer ? Parce qu'il est difficile d'apprécier si l'intérêt d'exécuter l'enquête dans les meilleures conditions possibles l'emporte sur l'intérêt qu'il y a à renseigner l'opinion publique ; autrement dit, parce qu'il est difficile de décider si, tout considéré, le secret est ou n'est pas conforme aux intérêts de l'Etat, ce qui confirme bien qu'ils sont déterminants.

Nous pouvons donc conclure, en nous ralliant à l'opinion unanime², que *sont confidentiels les faits qu'il importe à l'Etat de garder secrets*.

II. Nos six exemples ne portaient que sur des actes de l'Etat. Or, nous avons vu que des faits appartenant à la sphère privée de l'individu (confidences, constatations faites chez lui, dans son

¹ Si, en cas de guerre, des bureaux avaient été transférés dans le réduit national, il eût été capital de taire l'endroit exact. Cette exception confirme le rôle des circonstances.

² Fisch, op. cit., p. 145 ; Esslinger, op. cit., p. 10 et 34 ; Chapuisat, op. cit., p. 57 et s. ; Zürcher, Das Amtsgeheimnis nach eidgenössischem und zürcherischem Recht, p. 10 ; Giesker, Das Recht des Privaten an der eigenen Geheimsphäre, p. 150 ; Köstler, op. cit., p. 356 ; van Calker, op. cit., p. 149 et s.

entreprise) constituent aussi des affaires de service lorsque des agents en prennent connaissance en vertu de leur charge. Parmi ces faits, comment identifier ceux qui bénéficient du secret administratif ?

Quelques auteurs tablent, ici aussi, sur l'intérêt de l'Etat,¹ de sorte que les secrets privés qui peuvent être ébruités sans dommage pour lui ne tomberaient pas sous le coup de l'article 27 StF. Il faut reconnaître que son intérêt le pousse à garder de nombreux secrets privés. L'administration exerce une grande partie de son activité essentiellement sur la base des indications que les particuliers lui fournissent soit spontanément soit sur sa demande. Qu'il s'agisse d'exécuter des enquêtes statistiques, de percevoir les impôts ou de statuer sur des requêtes de toute nature, il lui importe d'obtenir des informations véridiques. Si les administrés avaient lieu de craindre que leurs renseignements ne soient éventés, un beaucoup plus grand nombre n'hésiteraient pas à la tromper. Sa tâche serait alors incomparablement plus ardue. La nécessité de jouir de la confiance² du public est donc, dans bien des cas, un motif suffisant de respecter les secrets privés dont elle est dépositaire. Lorsqu'elle se procure d'autorité les données dont elle a besoin (visites domiciliaires, exécution de contrôles, etc.), elle n'a pas les mêmes raisons de ménager les administrés, car la valeur de ses informations ne dépend plus de leur bonne volonté. S'ensuit-il qu'il n'y aurait aucun inconvénient pour elle à révéler les secrets privés qu'elle a ainsi pénétrés ? Ne risquerait-elle pas, en agissant de la sorte, de provoquer une méfiance qui finirait par la gêner ? Cela paraît probable, mais il est difficile de l'établir. Une chose, toutefois, est sûre : supposé qu'elle ait en principe³ intérêt à observer le silence sur tous les secrets privés dont elle est instruite, il s'agit souvent d'un intérêt médiateur, dérivé, de sorte que l'individu jouirait d'une protection moins précaire, si son intérêt personnel au secret suffisait à entraîner l'application de l'art. 27 StF.

Le législateur n'a-t-il pas écarté l'intérêt privé, en faisant des seuls intérêts de l'Etat un motif de refuser l'autorisation de déposer à la barre (art. 28 al. 3 StF) ? Cette déduction serait

¹ En particulier van Calker, *op. cit.*, p. 147.

² Sur l'importance de ce facteur, voir Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, p. 158.

³ Nous disons « en principe » pour réserver les circonstances qui, de toute façon, pourraient obliger la Confédération à livrer un secret privé.

erronée. Si l'intérêt de particuliers à un secret doit toujours céder le pas aux exigences de la justice (et, en vérité, on ne saurait l'assimiler aux intérêts du pays), cela ne signifie pas qu'il soit indifférent et que l'administration puisse délibérément l'ignorer. Livrer un secret à un tribunal est une chose, le publier en est une autre. Or les prescriptions qui enjoignent la discrétion la plus rigoureuse (nous en citerons au paragraphe suivant) concernent précisément des secrets qu'elle arrache en quelque sorte aux administrés en s'introduisant dans leur sphère privée. Il serait paradoxal de nier qu'elles ont été édictées — du moins principalement — dans l'intérêt des particuliers.^{1 2}

En matière de secret professionnel, il importe également de repérer les faits dont la révélation est interdite. Vu la parenté de cette institution avec le secret administratif, il n'est peut-être pas inutile de rechercher comment le problème y est résolu. La doctrine se partage surtout entre la théorie de la volonté et la théorie de l'intérêt.

D'après la première, sont seuls confidentiels les faits que celui qui les révèle à un confident nécessaire (médecin, avocat, etc.) a la volonté de garder secrets.³ M. Siebner lui objecte notamment que, pour être déterminante, cette volonté doit être reconnaissable, qu'elle ne l'est pas toujours ; parfois sa manifestation est impossible (moribond, inconscient). A l'instar d'un praticien, un fonctionnaire peut apprendre des faits à l'insu de l'intéressé (inspection domiciliaire en son absence, déclarations de tiers). Comment celui-ci exprimerait-il sa volonté de les tenir secrets ? Cet élément est donc parfois inutilisable. Dira-t-on qu'il faut y suppléer, en opérant avec la volonté présumée de l'intéressé ? Mais c'est une notion boiteuse. En vertu de quoi présumer qu'il tient au secret de tel fait si ce n'est de son intérêt à le cacher, ce qui nous amène à la seconde théorie.

¹ Certes, dès qu'elle prescrit le secret, la Confédération a intérêt à ce qu'il soit respecté. Mais cela ne signifie pas qu'elle l'ait prescrit *dans* son intérêt.

² Bien entendu, en ayant égard à cet intérêt, le législateur n'a pas conféré à l'individu un droit subjectif au secret de fonction. Si la question est discutable à propos du secret postal (cf. Esslinger, op. cit., p. 64 ; Spitzer, Das Postgeheimnis, p. 19 à 31), une réponse négative s'impose quant au secret administratif, pour la raison déjà que l'Etat peut en tout temps rompre un secret privé si son intérêt le commande (Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, p. 175 ; Bernheimer, Der Begriff und die Subjekte der verfassungsmässigen Rechte nach der Praxis des Bundesgerichts, p. 42).

³ Siebner, Das Berufsgeheimnis auf Grund des eidg. Strafgesetzbuches, p. 20 et s., et les ouvrages cités.

Elle regarde comme confidentiels les faits au secret desquels le particulier a un intérêt immédiat. Selon M. Siebner, elle s'achopperait aux mêmes arguments que la première. Autrement dit, cet intérêt ne serait pas toujours exprimé ou reconnaissable.¹ Assurément, l'Etat et ses agents auront souvent de la peine à discerner s'il serait contraire aux intérêts de X. de révéler un fait qu'il leur a confié. Mais cela ne condamne pas le critère de l'intérêt. Cela montre seulement que, dans le doute, ils feront bien de se taire.

D'après M. Siebner², qui rejette les deux théories, le secret professionnel naît de la simple communication d'un fait en rapport avec l'exercice de la profession, indépendamment de la volonté et de l'intérêt du client. Si cette thèse est peut-être acceptable pour le secret professionnel (nous en doutons fort³), elle ne se concilie en tout cas pas avec l'art. 27 StF, qui interdit d'éventer non tous les faits dont l'agent a connaissance en raison de son emploi, mais ceux seulement qui sont confidentiels en vertu de leur nature. Pour reconnaître ces derniers faits (dans la mesure où la Confédération n'a pas elle-même avantage au silence), la seule bonne lunette est, à notre avis, l'intérêt du particulier à la sphère privée duquel ils appartiennent.

Nous pouvons donc conclure que, pour déterminer les secrets privés qui tombent sous le coup de l'art. 27 StF, il faut prendre en considération non seulement l'intérêt de l'Etat, mais aussi celui des particuliers.⁴

Même quand la loi le protège, un intérêt privé est subordonné à l'intérêt général. L'intérêt d'un particulier à un secret d'affaires ne saurait donc mettre obstacle à une publication utile à l'Etat. En revanche, il n'est pas nécessaire que l'Etat trouve un avan-

¹ Siebner, op. cit. p. 21.

² Eodem loco ; dans le même sens, Blass, op. cit., p. 61 à 63.

³ Selon l'art. 321 ch. 1 al. 1 CP, le professionnel doit taire non pas tous les *faits*, mais les *secrets* qu'il apprend en vertu de sa profession. Il peut donc apprendre des faits qui ne sont pas secrets. Comment les en distinguer ? Siebner et Blass ne le disent pas.

⁴ C'est aussi l'avis du Conseil fédéral. A propos d'une indiscretion, il écrit que le secret de l'emploi « comprend non seulement le secret de l'Etat, mais aussi le secret d'autrui, confiés l'un et l'autre au fonctionnaire ou à l'employé en sa position officielle » (FF 1920 II 275). Voir, en outre, Fisch, op. cit., p. 145 et s. ; Zürcher, op. cit., p. 10 ; Giesker, op. cit., p. 150 ; Esslinger, op. cit., p. 68 et 174.

tage à l'observation d'un secret privé pour que ses agents y soient tenus ; il suffit qu'elle ne lui nuise pas.

D'autre part, un intérêt privé ne saurait rendre confidentiels des actes administratifs ; si, du point de vue de l'Etat, il n'y a pas de raison de dissimuler le rejet de la requête de la maison K., le tort qu'elle pourrait subir ne s'oppose pas à la divulgation de ce fait.

Nous aboutissons ainsi à la formule : *sont confidentielles les affaires de service dont la divulgation risque de léser soit l'Etat (actes de l'administration) soit également des particuliers (faits de nature privée), à moins, dans cette dernière hypothèse, qu'elle ne réponde au bien commun.*

III. Tous les escarpements ne sont pas encore franchis. Qui décidera, dans un cas d'espèce, si le secret doit être gardé, c'est-à-dire s'il est conforme aux intérêts de l'Etat ou de particuliers ? Selon van Calker, cette question relève d'abord, bien entendu, de l'appréciation consciencieuse du fonctionnaire en cause et, ensuite, de l'autorité de surveillance.¹ Des exemples aideront à saisir la portée de cette réponse qui, à première vue, s'impose.

En février 1945, le rationnement du gaz venant d'être renforcé², quelques journaux daubèrent les autorités préposées à l'économie de guerre, notamment la section de la production d'énergie et de chaleur, leur reprochant d'avoir manqué de prévoyance. Trouvant ces critiques injustifiées, propres à encourager l'indiscipline et, partant, à compromettre le ravitaillement du pays, D., fonctionnaire de la section prénommée, juge une mise au point indispensable et s'inquiète de ne la voir point paraître. Aussi, à défaut d'un communiqué officiel, finit-il par envoyer à l'un de ces journaux un article rectificatif, avec chiffres à l'appui. Invité à s'expliquer, il prétend que son acte a profité à la Confédération, en contribuant à calmer les esprits, que des faits dont la divulgation sert les intérêts de l'Etat ne sont pas confidentiels, qu'il n'a donc en tout cas pas enfreint l'art. 27 StF.

Le Conseil fédéral vient de rejeter un recours de J. contre une décision cantonale lui refusant la permission d'ouvrir une pension à L. Quelques jours après, un hôtelier de L. demande par téléphone à R., employé à la Division de justice, dans quel

¹ Op. cit., p. 147 ; de même Esslinger, op. cit., p. 34.

² RO 61, p. 64.

sens le gouvernement a statué. Ne voyant pas quel intérêt la Confédération pourrait avoir à celer cette décision, qui a du reste été communiquée à la Société fiduciaire de l'industrie hôtelière ¹, R. donne le renseignement demandé.

Supposé que l'autorité supérieure ne partage pas l'avis de D. et de R. quant à l'opportunité de la révélation, pourra-t-elle les punir disciplinairement, pour violation de l'art. 27 StF, si leur bonne foi est établie, c'est-à-dire si, manifestement, ils n'ont obéi qu'au souci de servir l'Etat ?

Si ces questions se posent, ne serait-ce pas que la théorie qui subordonne le devoir de discrétion à l'intérêt de l'Etat ² nous a engagé dans une impasse ? Ne risque-t-elle pas de rendre l'art. 27 StF en grande partie illusoire, en laissant une trop grande liberté d'appréciation au fonctionnaire ? Van Calker, à qui cet inconvénient n'a pas échappé, estime qu'on l'éliminera non par une interprétation plus subtile, mais par des prescriptions légales plus précises. ³

D'où vient notre embarras ? Du pouvoir discrétionnaire reconnu aux fonctionnaires. S'il est loisible à chacun d'eux de peser les intérêts de l'Etat, les autorités supérieures seront, la plupart du temps, désarmées. Mais n'est-ce pas une erreur de s'en remettre à l'opinion subjective de l'agent ? Ne sied-il pas de chercher d'acquérir une notion objective des intérêts de l'Etat, indépendante de la conception personnelle de l'agent ?

Intimant au personnel de faire tout ce qui est conforme aux intérêts de la Confédération et de s'abstenir de tout ce qui leur porte préjudice, l'art. 22 StF pose un problème analogue. Ces intérêts peuvent être conçus différemment par chacun. « Quelles sont, parmi les diverses conceptions des intérêts de la Confédération, demande M. Grisel ⁴, celles qui doivent inspirer l'activité des fonctionnaires ? Il est impossible d'admettre que ce soient les leurs propres, car, dans cette hypothèse, la seconde partie de l'article 22 reconnaîtrait à tous les fonctionnaires la faculté d'agir à leur guise. Eût-il voulu cette solution, que le législateur aurait pu faire l'économie de la disposition précitée sans dom-

¹ Art. 5 et 6 de l'ACF du 19 décembre 1941.

² Pour simplifier, nous laissons momentanément de côté l'intérêt des particuliers.

³ Op. cit., p. 147, note 52.

⁴ Op. cit., p. 31.

mage pour l'Etat. La logique n'est satisfaite que si l'attitude des fonctionnaires est déterminée par les intérêts de la majorité du peuple, tels que se les représentent les gouvernants. » Dans notre démocratie relative, M. Grisel considère comme gouvernants, pour les questions soustraites à l'examen du peuple et des corps législatifs, les organes du pouvoir exécutif qui représentent la nation à un degré plus éloigné. Or, « en tant qu'organes de l'administration, les fonctionnaires sont gouvernés par l'autorité administrative supérieure, c'est-à-dire le Conseil fédéral ou l'instance à laquelle il délègue ses pouvoirs ». Il en conclut que la liberté des fonctionnaires est limitée par les conceptions du Conseil fédéral. Cette thèse, à laquelle nous souscrivons¹, a la même valeur qu'il s'agisse d'apprécier les intérêts de la Confédération visés à l'art. 22 StF ou les intérêts en jeu en matière de secret de fonction.

Sont donc confidentielles les affaires de service dont la divulgation risque de nuire aux intérêts de l'Etat, de l'administration, ou, s'il y échet, de personnes privées, tels que le Conseil fédéral et les offices compétents les conçoivent.

L'obligation de taire les faits que je viens d'apprendre en étudiant le dossier de l'affaire Y. ne dépend donc pas du jugement que je forme quant au préjudice que leur révélation pourrait causer, mais du jugement des autorités compétentes. Il est vrai qu'elles ne connaissent peut-être pas cette affaire. Mais, grâce aux usages de l'administration, à l'attitude de mes supérieurs dans des cas semblables, à d'autres indices encore, je saurai probablement à quoi m'en tenir. Sinon, je devrai consulter mon chef.

En ce qui concerne les faits de nature privée, il ne sera, en général, pas à portée d'apprécier si une révélation risque de léser les intéressés. C'est pourquoi, dans le doute, la discrétion est de rigueur.

Le pouvoir d'appréciation de l'agent est donc sensiblement réduit ; il n'est pas supprimé, car, s'il n'a pas à évaluer lui-même les intérêts en présence, il doit cependant examiner si tel fait rentre ou non dans la catégorie de ceux qui, d'après la conception de l'autorité compétente, doivent rester secrets. En défi-

¹ Mais non à toutes les conséquences que l'auteur en tire (p. 33 in initio); l'art. 22 StF ne dispense pas le Conseil fédéral de respecter la constitution, dont l'art. 49 interdit de contraindre qui que ce soit — y compris un fonctionnaire fédéral — d'accomplir un acte religieux.

nitive, il doit simplement rechercher si les faits dont il est instruit en raison de sa charge sont confidentiels de l'avis de cet organe. On nous dira que, pour arriver à une conclusion aussi banale, nous aurions pu économiser notre digression sur l'intérêt de l'Etat. Certes, s'il s'agissait de donner une recette. Notre propos étant de disséquer l'art. 27 StF, il n'était pas oiseux de montrer le critère que les autorités doivent appliquer pour décider si une affaire de service est ou n'est pas confidentielle.

IV. Maintenant, nous devrions être à même de résoudre deux questions controversées :

1. Une affirmation inexacte peut-elle être confidentielle ? ¹ M. Comtesse le nie. A son avis, un secret doit recouvrir un fait, voire une probabilité, mais non un mensonge. ² Il perd de vue qu'une affirmation inexacte est un fait ; qu'elle est donc susceptible de secret. ³ Or l'Etat, comme le particulier qu'elle concerne, peut tenir à ce qu'elle soit traitée confidentiellement. Si un millionnaire annonce au fisc une fortune de 300.000 fr. pour le sacrifice de défense nationale, sa déclaration est confidentielle. L'Etat ayant besoin de la confiance des contribuables, son intérêt exige que les employés du fisc taisent les informations qu'ils reçoivent. Ils saperaient cette confiance en les ébruitant, qu'elles soient véridiques ou non. ⁴

2. Qu'en est-il des faits dont un agent a connaissance à la fois en vertu de son emploi et à titre privé ? P., fonctionnaire à la section des céréales, apprend, dans une conférence interne, que le rationnement du pain sera supprimé à la fin du mois. Le lendemain, un voisin, instruit par une indiscrétion, lui annonce la même nouvelle. L'art. 27 StF s'applique-t-il ?

Selon le critère adopté ⁵, il s'agit là d'une affaire de service,

¹ A ne pas confondre avec la question, qui sera étudiée plus loin, de savoir si un secret peut être violé par une affirmation inexacte.

² Begriff und Schutz des Geheimnisses im schweiz. Strafgesetzbuch, p. 258.

³ Lehmann, Die Verletzung fremder Geheimnisse nach geltendem Strafrecht und den neuern Entwürfen, insbesondere nach Strafgesetzentwurf 1927, p. 17. Mahler, Spionage und ihre strafrechtliche Bekämpfung im schweiz. Recht, p. 51, n. 21.

⁴ Le Tribunal fédéral est arrivé à la même conclusion à propos du secret professionnel : ATF 45 II 545.

⁵ Cf. supra, p. 17 à 19.

car la communication privée n'annule pas l'information officielle. Reste à savoir si le fait est confidentiel, c'est-à-dire si sa révélation risque de nuire à l'Etat. Question à résoudre in concreto. Remarquons toutefois que ce risque n'est pas nécessairement éliminé par l'indiscrétion. Sans doute a-t-elle pour effet de renseigner un certain nombre de personnes sur un fait qui ne les regardait pas encore. L'Etat peut néanmoins avoir intérêt à ce qu'elle ne se propage pas et, surtout, à ce qu'elle ne reçoive pas la confirmation que ne manqueraient pas de lui donner les propos d'un employé de la section compétente. Le secret doit alors être observé.¹ Il n'en est évidemment plus de même si l'indiscrétion a pris une telle ampleur qu'on ne peut plus parler de secret. Nous y reviendrons.²

Lorsque l'information privée précède la communication officielle, nous ne voyons pas comment l'art. 27 StF pourrait être violé dans l'intervalle. En revanche, la règle du silence pourra résulter de l'art. 22 StF.

§ 2. Les instructions spéciales

A côté des affaires confidentielles de par leur nature, c'est-à-dire en raison du tort que leur divulgation pourrait causer, l'art. 27 StF mentionne celles qui le sont en vertu d'instructions ou, plutôt, de dispositions spéciales.³ Il est donc loisible aux autorités de prescrire le mutisme sur des affaires qui pourraient être révélées sans dommage. Cette faculté, qui d'abord étonne, se défend. Parmi les faits qui viennent à la connaissance d'un office, il y en a dont il peut être difficile d'apprécier d'emblée si leur révélation présente des inconvénients. Dans le doute, il vaut mieux se taire. C'est ce que l'autorité compétente peut ordonner par une disposition spéciale.

Ayant accès, en tout temps, non seulement dans les locaux de la fabrique, mais aussi dans les établissements annexes affectés au logement des ouvriers⁴, les *inspecteurs des fabriques* pénétrèrent parfois dans l'intimité de nombreux individus. Il est,

¹ Esslinger, op. cit., p. 39 ; van Calker, op. cit., p. 145.

² Cf. infra, p. 124.

³ « Gemäss besonderer Vorschriften. »

⁴ Art. 87 al. 1 de la loi sur le travail dans les fabriques ; art. 217 al. 1 et 2 du règlement d'exécution.

en général, impossible de distinguer avec sûreté les constatations « secrètes en vertu de leur nature » de celles qui pourraient être divulguées sans dommage pour personne. Aussi le législateur les a-t-il astreints « à une discrétion absolue sur toutes leurs observations, en tant qu'elles ne concernent pas l'exécution de la présente loi ». Cette disposition étend donc l'obligation de garder le secret à des faits dont la première partie de l'art. 27 StF n'interdit pas l'ébrulement.

La subordonnée « en tant qu'elles ne concernent pas l'exécution de la présente loi » pourrait prêter à malentendu. Il serait erroné d'en inférer que les observations relatives à l'exécution de la loi ne sont pas confidentielles. Elles le sont aussi, ce qui n'exclut évidemment pas le droit et même l'obligation de renseigner l'autorité dont relève l'inspectorat des fabriques. En revanche, les autres constatations ne regardent pas les autorités compétentes ; elles ne doivent pas leur être révélées. Nous ne voyons pas ce que les mots « discrétion absolue » pourraient signifier d'autre. Le législateur a donc renforcé le secret des constatations étrangères à l'exécution de la loi.

Les personnes chargées d'exécuter la loi du 12 décembre 1940 sur le *travail à domicile* ont le droit de consulter la liste des ouvriers, les bulletins d'ouvrage, les carnets de livraison et les arrêtés de comptes (art. 16, al. 1). Elles ont accès aux locaux servant à la remise et à l'exécution du travail (le logement de l'ouvrier). Elles pénètrent donc dans la sphère privée de celui-ci et obtiennent de précieux renseignements sur la marche et l'organisation de l'entreprise. C'est pourquoi l'art. 16 al. 2 statue : « Les agents de l'autorité, les membres des commissions professionnelles et les experts sont tenus de garder le secret sur leurs constatations ».

La loi sur l'*alcool* du 21 juin 1932 autorise les contrôleurs à pénétrer dans les locaux d'exploitation des distilleries concessionnaires (art. 7) et dans les distilleries domestiques (art. 15). Elle exige que les fonctionnaires et employés fédéraux, de même que toutes les autres personnes chargées de son exécution gardent secrètes à l'égard des tiers les constatations qu'ils font dans l'exercice de leurs fonctions¹ (art. 75).

Le droit fédéral marque ainsi une tendance, lorsqu'il impose à des particuliers ou à des entreprises l'inquisition de fonction-

¹ Ici non plus, cette locution ne doit pas être prise à la lettre ; cf. supra, p. 16.

naires, à étendre la règle du silence à toutes les constatations faites dans la sphère d'autrui. L'agent n'a plus à se demander si, aux yeux de l'office compétent, elles sont confidentielles en vertu de leur nature. Il doit se taire dans tous les cas.

Cette tendance s'accroît dans la législation relative à l'économie de guerre. Aux termes de l'art. 4 al. 1 de l'arrêté du Conseil fédéral du 17 octobre 1939 tendant à assurer l'approvisionnement du pays en denrées alimentaires ou fourragères — arrêté sur lequel s'appuient toutes les restrictions décrétées dans le domaine alimentaire — « l'office de guerre pour l'alimentation peut obliger les producteurs, importateurs et marchands de denrées alimentaires ou fourragères à tenir des livres de magasin et faire procéder, chez eux, ainsi que chez les consommateurs, à des inventaires et aux contrôles nécessaires ». Aussi le 3^e al. énonce-t-il : « Les agents de contrôle sont tous tenus de garder le secret sur leurs constatations et observations. Ils ne doivent renseigner que les offices compétents ». La législation édictée dans le secteur industriel s'adosse, pour l'essentiel, à l'arrêté du Conseil fédéral du 25 juin 1940 tendant à assurer l'approvisionnement de la population et de l'armée en matières premières pour l'industrie et en produits mi-fabriqués ou fabriqués. Il autorise le Département de l'économie publique à prescrire des mesures de contrôle, mais — à la différence du précédent — sans se préoccuper du secret. Aussi est-ce le Département qui a réglé ce point. Ses ordonnances contiennent presque toutes des articles à peu près semblables, qui, au début de 1941, cristallisèrent dans les dispositions-types ci-après : « Chacun est tenu de fournir tous renseignements utiles aux services chargés du contrôle, et, s'il en est requis, de produire les pièces justificatives. Les agents du contrôle pourront entrer dans les ateliers, magasins et autres locaux des entreprises, prendre connaissance de tous les documents qui s'y trouvent et s'en assurer au besoin la disposition. Ils pourront également interroger les personnes à même de fournir des renseignements. ... Les agents du contrôle sont tenus de garder le secret sur leurs constatations et observations. Réserve est faite pour les rapports à l'autorité compétente. » Des règles analogues fleurissent dans le vaste jardin du contrôle des prix. L'art. 2 al. 2 de l'arrêté du 1^{er} septembre 1939 concernant le coût de la vie et les mesures destinées à protéger le marché autorise les manda-

taires du Département à « pénétrer dans les locaux d'exploitation et autres », à « exiger la production des pièces servant au calcul des prix... », à « interroger les personnes pouvant fournir les renseignements... ». L'alinéa suivant prescrit aux agents du Département de garder le secret sur toutes les constatations faites dans l'exercice de leurs fonctions et réserve « le droit d'en référer aux autorités qui ont ordonné les enquêtes ». On pourrait croire, d'après ces derniers mots, que seuls les enquêteurs sont visés. Or, presque tous les employés de l'Office du contrôle des prix acquièrent des connaissances souvent très précises sur la structure d'un certain nombre d'entreprises, sur leurs relations d'affaires, bref sur des faits au secret desquels les chefs d'entreprises attachent la plus grande importance. Le devoir de discrétion serait-il moins étendu pour eux que pour les enquêteurs qui les renseignent ? Ne doivent-ils garder secrètes que les affaires confidentielles en vertu de leur nature ? L'office a dissipé le doute que faisait naître la disposition précitée. La lettre qu'il remet à tous ses agents pour confirmer leur engagement les presse « d'observer une discrétion absolue sur tous les travaux et sur toutes les affaires de l'office qui viennent à leur connaissance ».

Les agents du *fisc* sont aussi régis par des dispositions spéciales. Ceux qui « traitent des questions d'impôt sur les bénéfices de guerre sont tenus de garder le secret à l'égard des tiers sur la situation des contribuables » (art. 21 de l'ACF du 12 janvier 1940). Selon l'art. 71 de l'arrêté du 9 décembre 1940 concernant la perception d'un impôt pour la défense nationale, les membres des autorités fiscales de la Confédération, des cantons et des communes « sont tenus de garder le secret sur les faits qui viennent à leur connaissance à l'occasion de la taxation des contribuables et sur les délibérations des autorités. » En ce qui concerne l'impôt sur le chiffre d'affaires, « les fonctionnaires et employés de l'Administration fédérale des contributions sont tenus de garder le secret sur les faits qui viennent à leur connaissance dans l'exercice de leurs fonctions » (art. 7 de l'ACF du 29 juillet 1941).

Il serait vain de multiplier les exemples. L'ordre d'observer le mutisme sur des affaires qui ne sont pas confidentielles par nature peut être donné à tous les échelons de la hiérarchie administrative. Il ne peut toutefois porter que sur des affaires de

service.¹ Cela ressort de l'art. 27 StF et de l'essence du secret de fonction. Le chef qui, regrettant de s'être ouvert de ses embarras d'argent à un collaborateur, lui interdit d'en parler, outrepassa ses pouvoirs ; partant, son ordre est nul. D'autre part, des instructions ne lient que les agents subordonnés au fonctionnaire ou à l'autorité dont elles émanent. Avant de clore une séance consacrée à la protection de l'artisanat, le directeur de l'Office de l'industrie, des arts et métiers et du travail spécifie que les délibérations ne sont pas destinées à la publicité. Cette communication est obligatoire pour les employés de l'Office, mais non pour le juriste qui représentait la Division de justice. Il ne devra garder le silence que si les faits qu'il a appris sont confidentiels de par leur nature.

Pour le surplus, les instructions relatives au secret administratif doivent satisfaire aux mêmes conditions que tout ordre de service. Nous pouvons donc nous référer aux ouvrages généraux.

Des instructions qui étendent le devoir de discrétion à des faits non confidentiels par nature, il faut distinguer celles, plus nombreuses — quoique, en général, non publiées — qui visent simplement soit à signaler aux fonctionnaires l'obligation que leur impose l'art. 27 StF (c'est ce que fait, par exemple, l'Office de guerre pour l'industrie et le travail, en confirmant l'engagement de ses employés), soit à leur enjoindre un mutisme scrupuleux sur certains faits qui ne doivent en aucun cas être éventés. Attirant l'attention sur un devoir préexistant, de telles instructions sont un moyen de réduire les risques d'indiscrétion.²

¹ Non sur toutes évidemment. Il ne serait pas admissible de rendre complètement illusoires les restrictions du secret administratif que le parlement a introduites en modifiant l'art. 26 du projet. C'est pourtant ce que le Conseil fédéral a fait : par une communication de service du 23 avril 1937, il a signifié au personnel que des renseignements sur des affaires de service (sans distinction) ne pouvaient être donnés à des tiers qu'avec l'assentiment exprès du chef du département. Dans sa teneur absolue, pareille disposition est à la fois illégale et impraticable.

² Spitzer, op. cit., p. 85.

SECTION III

La divulgation

Après avoir tenté de circonscrire les faits qui doivent rester secrets, il importe de préciser le devoir de discrétion des fonctionnaires. L'art. 27 StF prohibe la divulgation. Divulguer, l'étymologie l'enseigne, est synonyme de publier. L'agent a-t-il le droit de confier des secrets à des particuliers ? N'enfreint-il l'art. 27 que si ses confidences finissent par rendre le fait notoire ? Si c'était le cas, cette disposition n'aurait qu'une valeur problématique. Que dit le texte allemand ? « Der Beamte ist zur Verschwiegenheit über dienstliche Angelegenheiten verpflichtet... » Il oblige l'agent à se taire, ce qui répond mieux à la ratio legis. Nul doute que l'emploi du verbe « divulguer » ne procède d'une inadvertance. C'est « révéler » qu'il aurait fallu dire. Par conséquent, l'employé qui a eu la langue trop longue ne se disculpe pas en alléguant que le fait qu'il a confié à un tiers n'est point parvenu à la connaissance du public. Mais le mutisme ne suffit pas. On peut trahir un secret par des gestes, par son attitude, par la communication de documents.¹ Voire à son insu ; tels ces gens dont parle La Bruyère : « Ils ne remuent pas les lèvres et on les entend ; on lit sur leur front et dans leurs yeux, on voit au travers de leur poitrine, ils sont transparents. »²

Le peut-on par une communication inexacte ? Oui, car d'une affirmation fausse, on tire parfois des conclusions justes.³ Employé au Département des postes et chemins de fer, A. rapporte à des amis que les tarifs des C. F. F. seront haussés le 1^{er} juillet. Si la nouvelle est entièrement controuvée — il n'a même pas été question de hausse — A. n'a pas violé de secret. Il ne sera punissable, éventuellement, qu'en vertu des art. 22 ou 24 al. 1 StF. Si la hausse, effectivement décidée, ne doit entrer en vigueur que le 1^{er} octobre, il a, en dépit de l'inexactitude, révélé un fait que les autorités désiraient encore cacher, à savoir que les tarifs seront majorés. Suivant les circonstances, il encourrait aussi le reproche d'indiscrétion dans l'hypothèse où,

¹ Grossmann, op. cit., p. 36.

² Les Caractères, chapitre « De la société et de la conversation ».

³ Cf. ATF 44 II 325 ; 65 I 335.

saisi d'un projet de hausse, le Conseil fédéral n'aurait pas encore pris de décision.

On pourrait même concevoir qu'un fonctionnaire livre un secret... par souci d'y être fidèle. Un exemple illustrera ce paradoxe. Le journaliste G. sait que la Suisse a importé passablement de légumineuses au début de l'automne 1945. Il s'attend qu'elles soient prochainement libérées du rationnement. Mais quand ? Il a remarqué que les organes de l'économie de guerre abrogent volontiers leurs restrictions en fin de semaine. Pour en apprendre davantage, il téléphone le 8 novembre 1945 au secrétaire de l'Office de guerre pour l'alimentation et, feignant d'être renseigné, lui demande s'il est bien exact que les légumineuses ne seront plus rationnées à partir du 12 novembre. C'était exact. En le reconnaissant, l'employé interpellé eût rompu un secret, les autorités tenant beaucoup à ce que la mesure ne fût annoncée qu'au dernier moment. Il ne pouvait donc, semble-t-il, que refuser de répondre, en se retranchant derrière l'art. 27 StF. Mais l'office prénommé ayant toujours eu soin, en pareil cas, de démentir les bruits inexacts, cette réticence inaccoutumée eût fort ressemblé à un acquiescement. Fallait-il mentir et simuler l'ignorance ? C'eût été engager le journaliste à s'adresser à un fonctionnaire supérieur qui n'eût pu invoquer ce prétexte. Souvent, un employé habile s'en tirera par une formule diplomatique. Ici, nous avouons ne pas trouver de solution tout à fait satisfaisante.

Le fonctionnaire doit donc s'abstenir¹ de tout acte propre à révéler à un tiers non autorisé² les secrets dont il est détenteur.

Mais le devoir de discrétion ne s'épuise pas dans une abstention. Il m'interdit, certes, de remettre à un tiers cette lettre hautement confidentielle. Mais si, en quittant mon bureau le soir à 18 heures, je la laisse sur mon pupitre que, je ne l'ignore pas, viendra épousseter une femme de ménage ? Si cette dernière la lit, j'aurai contrevenu à l'art. 27 StF. Le secret de fonction implique une obligation de faire, c'est-à-dire de prendre toutes les mesures propres à empêcher des tiers de se procurer la connaissance des affaires confidentielles (conservation soignée

¹ Dans la mesure où cela dépend de lui. La responsabilité disciplinaire supposant au moins une négligence, il n'est pas possible de sévir contre le fonctionnaire qui, contre son gré, livre un secret en rougissant.

² La détermination des tiers autorisés fera l'objet du chapitre suivant.

de documents, mise sous clef de certains dossiers, renvoi ou déplacement de collaborateurs peu sûrs).¹

En résumé, l'art. 27 StF interdit toute indiscretion², quelle qu'en soit la forme.

SECTION IV

Comparaison avec l'art. 320 CP

Notre dessein, répétons-le, n'est pas d'étudier l'art. 320 CP pour lui-même, mais de le confronter avec l'art. 27 StF. Il s'agit, dans cette section, d'examiner si leurs champs d'application coïncident au point de vue matériel. Un fonctionnaire fédéral qui respecte scrupuleusement l'art. 27 StF risque-t-il néanmoins d'enfreindre l'art. 320 CP et de s'exposer à une poursuite pénale ? Ou, au rebours, l'art. 27 StF permet-il de réprimer disciplinairement des indiscretions intentionnelles³ qui ne tombent pas sous le coup de la loi pénale ?

Nous avons caractérisé les affaires de service visées par l'art. 27 StF en disant que ce sont les faits dont l'agent prend connaissance en raison de son emploi, autrement dit en sa qualité de fonctionnaire. Nous retrouvons ces expressions à l'article 320 CP. Il menace de peine celui qui aura révélé un secret à lui confié en sa qualité de fonctionnaire ou dont il avait eu connaissance à raison de son emploi.

Cette alternative apporte-t-elle un élément nouveau ? Nous ne le pensons pas. Son premier membre est compris dans le second, plus général. C'est en raison de son emploi qu'un fonctionnaire a connaissance des faits qui lui sont confiés en sa qualité officielle. En revanche, il apprend beaucoup de faits qui ne lui sont pas confiés. Ce qu'il observe lors d'une visite

¹ Esslinger, op. cit., p. 36 ; van Calker, op. cit., p. 151.

² Et encore faut-il préciser. Nous pouvons être indiscrets en manquant à un secret ou en nous enquérant de choses qui ne nous regardent pas. L'art. 27 StF n'a trait qu'au premier genre d'indiscretion. C'est un des traits qui le distinguent du secret postal. L'art. 5 de la loi sur les postes interdit au personnel postal non seulement de révéler à des tiers le contenu d'envois postaux, mais aussi d'en prendre connaissance (cf. art. 57). En ce qui concerne les autres différences, voir la thèse de Spitzer, en particulier p. 102 à 104, et Köstler, op. cit., passim.

³ Une indiscretion due à la négligence n'est passible que d'un châtement disciplinaire ; cf. art. 18 CP.

domiciliaire, par exemple, ne lui est pas « confié » ; souvent, au contraire, il le sait contre le gré des intéressés. Les mots « à lui confiés en sa qualité de fonctionnaire » sont donc superflus. Leur insertion provient sans doute du parallélisme entre l'art. 320 et l'art. 321 — relatif au secret professionnel — où ils figurent également. Il est vrai que, là non plus, ils ne sont pas nécessaires. Mais ils s'expliquent historiquement par le souci d'insister sur la confiance qui doit régner entre le praticien et son client.¹

De même que l'art. 27 StF n'interdit pas d'ébruiter toutes les affaires de service, l'art. 320 CP ne punit pas la révélation de tout fait dont le fonctionnaire a eu connaissance à raison de son emploi. Il faut que ce fait ait été confidentiel : « celui qui aura révélé un *secret* à lui confié... ». Le législateur est donc parti de l'idée que le fonctionnaire peut être instruit, en vertu de sa charge, de faits qui ne sont pas des secrets. Comment distinguer ceux-ci de ceux-là ? Les travaux préparatoires sont muets. MM. Thormann et von Overbeck ne semblent pas soupçonner l'existence du problème.² M. Hafter relève que l'objet du secret est la connaissance d'un fait actuellement ignoré ; cette connaissance n'appartient qu'à un cercle plus ou moins grand de personnes et, le cas échéant, à un seul individu. Le détenteur du secret (Geheimniss Herr) doit avoir la volonté de le garder ; il faut aussi un intérêt légitime au secret.³ Quoiqu'exactes, ces remarques ne donnent pas la clef que nous cherchons. Il est très difficile, fait observer M. Clerc, de définir le secret. « C'est une chose qui n'est pas de notoriété publique et qu'il y a intérêt à ne pas divulguer ». ⁴ Intérêt pour qui ? Cette question nous ramène aux développements précédents.⁵ En effet, la distinction que le code pénal établit entre les secrets et les autres faits que le fonctionnaire apprend à raison de son emploi n'est-elle pas identique à celle qui, sur la base de l'art. 27 StF, existe entre les affaires de service confidentielles par nature et les autres ? Ou, plus précisément, les secrets visés par l'art. 320 CP ne correspondent-ils pas aux

¹ Siebner, op. cit., p. 71.

² Schweizerisches Strafgesetzbuch, ad art. 320.

³ Schweizerisches Strafrecht, partie spéciale, II p. 847.

⁴ Cours élémentaire sur le Code pénal suisse, partie spéciale, II p. 292.

⁵ Cf. supra, p. 25.

affaires de service secrètes en vertu de leur nature (art. 27 StF), c'est-à-dire aux faits dont la divulgation risque de nuire soit à l'Etat soit à des administrés ? En tant que l'art. 320 a trait au personnel fédéral, il faut sans doute répondre affirmativement. Il serait étrange que la même autorité législative ait eu deux conceptions différentes du secret de fonction. M. Baumann, rapporteur au Conseil des Etats, le seul député qui ait effleuré ce point, déclare que, le code pénal ne définissant pas le secret, il faut se référer aux lois et aux instructions de service qui prescrivent le mutisme.¹ L'art. 320 tend donc à armer d'une sanction pénale le devoir de discrétion que l'art. 27 StF et des dispositions spéciales imposent aux agents de la Confédération.² Selon Issler, les faits à regarder comme secrets peuvent résulter du devoir de discrétion tel que des lois spéciales et des prescriptions internes le définissent.³ D'autre part, l'article 320 CP tend aussi à protéger des intérêts privés.⁴

Faisant abstraction de la culpabilité de l'agent, nous pouvons donc conclure que, quant à l'objet du secret, il y a concordance parfaite entre les art. 27 StF et 320 CP.

Enfin, ce qu'il faut entendre par « révéler un secret », au sens de l'art. 320 CP⁵, n'est pas autre chose que ce que le législateur a voulu dire, à l'art. 27 StF, en se servant du verbe « divulguer ».

¹ Bull. st., tirage spécial, CE p. 233.

² En ce qui concerne les fonctionnaires cantonaux et communaux — dont nous ne nous occupons pas dans ce travail — on ne saurait prétendre que l'art. 320 CP se réfère simplement au droit administratif des cantons. Ce droit étant parfois très rudimentaire, du moins quant au secret de fonction (cf. Leimgruber, *Das Personal der öffentlichen Verwaltungen und Betriebe in der Schweiz*, p. 114 à 116), la protection que le législateur fédéral a voulu instituer risquerait alors d'être en bonne partie illusoire.

³ Op. cit., p. 29; Hafter, op. cit., partie spéciale II p. 848.

⁴ Exposé des motifs de l'avant-projet d'avril 1908, p. 410; Issler, op. cit., p. 24; Grossmann, op. cit., p. 13.

⁵ Grossmann, op. cit., p. 32 et s.

CHAPITRE II

Les dérogations au devoir de discrétion

Les affaires confidentielles doivent, en principe, rester secrètes envers chacun. Ce principe souffre toutefois des exceptions. Il y a des tiers (individus, autorités) auxquels le fonctionnaire est, dans certains cas, tenu ou en droit de faire des révélations. Ces exceptions résultent soit de dispositions expresses ou tacites, soit de la nature du secret administratif. Il est nécessaire de les dépister, afin de mesurer plus exactement l'ampleur du devoir de discrétion.

Le cas le plus important a trait à la déposition en justice ; nous le traiterons dans la section première. Nous étudierons ensuite la fourniture de renseignements à des fonctionnaires fédéraux (section II), à des administrations cantonales et communales (section III) et à des particuliers (section IV).

SECTION PREMIÈRE

Obligation de renseigner la justice

§ 1. Le problème

Un agent de la Confédération mandé par une autorité judiciaire est-il tenu de déposer sur des affaires de service confidentielles ou peut-il se retrancher derrière le secret administratif ? La question ne présente pas un intérêt purement théorique : des fonctionnaires ont été condamnés pour avoir refusé de témoigner. Sa portée est considérable, puisqu'il ne s'agit de rien moindré que de résoudre un conflit d'intérêts entre l'administration et la justice. La première doit veiller

à ce que certains faits officiels ne s'ébruient pas ; les dévoiler à un tribunal, même à huis clos, accroît les risques de divulgation, les parties et leurs mandataires n'étant pas astreints au secret de fonction. La seconde, qui a pour mission d'établir la vérité, estime ne pas pouvoir renoncer à la connaissance de certains faits que l'administration qualifie de confidentiels. Il est impossible de satisfaire entièrement à ces deux exigences. Comment s'en tirer ? Nous devons rechercher d'abord non point laquelle prévaudra — question d'espèce — mais à qui appartient la décision.

§ 2. La solution adoptée

L'art. 28 StF nous épargne de longues recherches : la décision ressortit à l'administration.

Cette solution a été critiquée. Aussi importe-t-il de la vérifier.

Remarquons auparavant que le conflit d'intérêts signalé au § 1 surgit non seulement quand un fonctionnaire est appelé à déposer en justice — comme partie, témoin ou expert — mais chaque fois qu'une autorité judiciaire invite l'administration à produire des documents ou simplement à lui donner des renseignements, par exemple — lorsqu'elle est saisie d'une plainte contre inconnu — à lui indiquer le signataire d'une lettre. Le législateur ne s'est occupé que du premier cas. Tout fonctionnaire peut recevoir l'ordre de comparaître devant un juge au sujet d'une affaire de service, tandis que les demandes de documents ou de renseignements, adressées aux autorités administratives mêmes (départements, offices, sections), ne posent un problème qu'aux fonctionnaires supérieurs. Le pouvoir que l'art. 28 StF attribue à l'administration vise donc non seulement la comparution à la barre, mais toute demande d'assistance juridique.

§ 3. Est-elle légitime ?

La solution adoptée, avons-nous dit, doit être vérifiée. Pour éviter des confusions, nous distinguerons selon que les renseignements sont demandés par une autorité judiciaire fédérale ou cantonale. Le problème ne se pose pas de la même manière.

A. Dans les rapports entre l'administration et la juridiction fédérales

Ici, le problème paraît simple. Le principe de la séparation des pouvoirs n'en livre-t-il pas la clef ? C'est l'avis de Burckhardt.¹

Il est toujours tentant, pour un juriste, de s'accrocher à un principe essentiel. Mais il convient d'user de quelques précautions. Les grands principes, que sondent les théoriciens, on ne les retrouve, en général, qu'altérés, voire méconnaissables, dans le droit positif. Aussi, avant de les brandir, importe-t-il de rechercher si et dans quelle mesure le droit qu'on étudie les a consacrés. Et il advient parfois que l'existence du principe dont on se réclame pour résoudre un problème particulier dépende de la solution donnée à ce problème et qu'on tourne ainsi dans un cercle vicieux. Est-ce le cas en l'occurrence ?

Que veut-on dire en évoquant, ici, le dogme de la séparation des pouvoirs ? Que le fonctionnaire cité en justice peut l'opposer victorieusement aux règles de procédure qui astreignent les témoins à déposer. Mais a-t-il le droit de s'en prévaloir ? La Confédération connaît-elle ce principe et, si oui, affranchit-il son personnel de l'obligation de témoigner ? Comment répondre sans déterminer le champ d'application des normes qui régissent cette obligation ? Il n'est pas impossible, *a priori*, que, s'inspirant du principe considéré, un Etat confie à des organes différents la fonction exécutive et la fonction juridictionnelle, mais que ses codes de procédure obligent les fonctionnaires à déposer à la barre comme tous les justiciables ; cette solution pécherait peut-être contre le système ; en tout cas, elle n'est pas inconcevable et pourrait s'expliquer par des besoins pratiques. Il ne suffit donc point de faire état du principe de la séparation des pouvoirs, puisque sa portée même est en cause.

A la différence de la plupart des constitutions cantonales, la constitution fédérale n'intronise pas expressément le dogme de la séparation des pouvoirs.² Il était néanmoins implicitement admis en 1874 comme en 1848.³ Rossi, principal auteur du

¹ Consultation du 12 juillet 1911, déposée aux archives fédérales.

² Selon Oswald, *Die Gewaltentrennung im schweiz. Staatsrecht*, p. 423a, la Suisse serait le pays d'Europe qui a le plus résisté à son application.

³ Oswald, *op. cit.*, p. 431a.

projet d'acte fédéral de 1833, lequel a servi de modèle au constituant de 1848, proclamait dans son rapport « que le pouvoir politique et le pouvoir judiciaire doivent coexister, mais séparés et indépendants l'un de l'autre ». ¹ Aussi le droit fédéral est-il imprégné de ce principe. ² Dans les grandes lignes, la législation, l'exécution et la juridiction relèvent d'autorités distinctes (art. 84, 95, 106 Cst.) ³ Sans doute y a-t-il de nombreuses exceptions, que maints auteurs ont signalées. ⁴ Mais le principe en question ne règle pas seulement le partage des fonctions. Il exige aussi que les mêmes individus ne revêtent pas simultanément des charges dans des autorités d'ordres différents et que les autorités administratives et judiciaires ne dépendent pas les unes des autres. ⁵ La séparation personnelle des pouvoirs (incompatibilités) est strictement réalisée en droit fédéral (art. 77, 81, 97 et 108 Cst.) ⁶ D'autre part — et c'est ce qui importe ici — le Tribunal fédéral et le Conseil fédéral sont exactement juxtaposés. Cela ressort des art. 96, 107 et 85 ch. 11 Cst. Dans son message du 27 mars 1925 relatif au projet de loi sur la juridiction administrative et disciplinaire, le Conseil fédéral écrivait : « Notre constitution considère le Conseil fédéral et le Tribunal fédéral comme des autorités de même rang, coordonnées et indépendantes l'une de l'autre. Aucune d'elles n'est subordonnée ni supérieure à l'autre. Sans doute, tout cela n'est dit nulle part en termes exprès. Mais ce sont là des principes fondamentaux et incontestés du droit fédéral, principes dont nous croyons pouvoir dire qu'ils répondent au sentiment populaire, si même ils n'en sont pas le produit ». ⁷ Autrement dit, le pouvoir exécutif ne jouit d'aucune préémi-

¹ Boissier, *Le principe de la séparation des pouvoirs dans l'établissement de la démocratie en Suisse*, p. 194.

² Ruck, *Schweiz. Staatsrecht*, p. 117 et s. ; *Schweiz. Verwaltungsrecht*, p. 31 ; Affolter, *Grundzüge des schweiz. Staatsrechts*, p. 17.

³ Burckhardt, *Ueber Gewaltentrennung und Unvereinbarkeit im schweiz. Staatsrecht*, dans la *Festgabe für Philipp Lotmar*, p. 89 ; Oswald, *op. cit.*, p. 437a.

⁴ Justifient-elles l'opinion de Fleiner, pour qui notre droit se caractérise par la confusion des pouvoirs (*Schweiz. Bundesstaatsrecht*, p. 132) ?

⁵ La suprématie du pouvoir législatif était admise par Montesquieu lui-même.

⁶ Burckhardt, *Festgabe für Lotmar*, p. 94 ; Oswald, *op. cit.*, p. 447a.

⁷ FF 1925 II 221.

nence envers le pouvoir judiciaire et réciproquement. Si le Tribunal fédéral n'est pas soumis à l'administration (selon l'article 21 al. 3 OJ, « il est indépendant et n'est soumis qu'à la loi ») et n'a pas d'ordres à recevoir d'elle, il n'a pas non plus à lui en donner ¹ (ce qui n'empêche pas qu'il ne puisse être lié par des décisions administratives et inversement ²). Cette solution est d'ailleurs conforme à la logique : la Confédération ne saurait être soumise à la puissance juridictionnelle qu'elle elle-même à ses tribunaux. ³

Nous ne pouvons, toutefois, nous en tenir là. Sachant que le principe de la séparation des pouvoirs, quoique à la base d'un Etat, ne se reflète pas nécessairement dans la procédure ⁴, nous devons rechercher ce qui en est en droit fédéral. Selon l'art. 135 PCF, celui qui se refuse sans motif légal à déposer comme témoin doit indemniser la partie qui fait la preuve pour le dommage que ce refus lui cause. L'art. 77 PPF de 1851 punissait d'une amende de 50 à 500 fr. ou d'un emprisonnement de 10 à 100 jours, le témoin qui refusait de déposer. Aucune de ces lois ne réserve le secret administratif. S'ensuit-il qu'un fonctionnaire fédéral est tenu de déposer sur une affaire de service confidentielle ? M. Giacometti nous invite à répondre non. A propos, certes, du secret professionnel ; mais son argumentation a une portée générale. L'art. 321 ch. 3 CP réservant les dispositions de la législation fédérale et cantonale qui statuent une obligation de renseigner une autorité ou de témoigner en justice, il s'agit de savoir si toute disposition de cette nature délie du secret. Voici comment raisonne le professeur de Zurich ⁵ : L'art. 321 ch. 3 CP ne vise que l'obligation de renseigner imposée spécialement aux professions qu'il mentionne. En d'autres termes, il réserve uniquement les prescriptions cantonales qui écartent le secret professionnel des avocats

¹ « Les fonctionnaires de l'ordre judiciaire ne peuvent pas s'immiscer dans le domaine administratif ; ils ne peuvent pas contrarier l'action administrative » ; Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. III, p. 33 ; cf. Ruck, *Verwaltungsrecht*, p. 31.

² Ruck, *Staatsrecht*, p. 32.

³ Zürcher, consultation de juillet 1911.

⁴ Cf. *supra*, p. 45.

⁵ Dans une consultation non publiée de 1942 « über die steuerrechtliche Editionsspflicht des Rechtsanwaltes gemäss § 50 des zürcherischen Steuergesetzes » et citée par Blass, *op. cit.*, p. 137.

en leur enjoignant comme tels de fournir des renseignements ou des documents dans les affaires de leurs clients. En revanche, celles qui imposent une obligation de renseigner à tout le monde, y compris les avocats en tant que citoyens, ne tombent pas sous le coup des réserves de l'art. 321 ch. 3. Ces dernières constituent, en effet, des exceptions au secret de l'avocat. A ce titre, elles doivent être interprétées restrictivement. Si elles englobaient toute obligation générale de renseigner, elles perdraient leur raison d'être. Elles cesseraient d'être des exceptions pour devenir la règle : dans la mesure où il interdit de révéler aux autorités les faits appris dans l'exercice de la profession, le secret de l'avocat serait à la merci du droit cantonal, ce qui n'aurait pas de sens.

Cette démonstration revient à dire que si une norme spéciale déroge à une norme générale, seule une norme plus spéciale peut déroger à la première. Transposée dans notre sujet, elle signifie que les fonctionnaires fédéraux ne peuvent être affranchis du secret que leur dictent des règles spéciales (art. 27 StF, art. 53 litt. c CPF, remplacé par l'art. 320 CP) que par des dispositions qui, les visant expressément, leur ordonnent de parler.¹ Toute *lex generalis* créant, pour chacun, une obligation de renseigner ou de témoigner serait inopérante à leur égard. Quoiqu'il aboutisse en ce qui concerne les fonctionnaires fédéraux à un résultat juste, ce procédé purement formel qui consiste à faire prévaloir automatiquement la règle la plus spéciale nous laisse un peu sceptique. Il ne tient compte ni des intérêts en présence ni de la volonté du législateur.² Nous préférons soutenir que donner aux art. 135 PCF et 77 PPF ancienne le pas sur l'art. 27 StF équivaldrait à rompre au profit du Tribunal fédéral l'équilibre établi entre la justice et l'administration. Il n'y a pas de raison de penser que le législateur ait voulu culbuter, par ce détour, un principe que le Conseil fédéral qualifie de fondamental et d'incontesté. Pour prévenir toute hésitation, les règles plus récentes de procédure réservent explicitement le secret de fonction (art. 78 PPF de 1934, art. 29 al. 3 du règlement de procédure du 15 janvier 1946 pour les actions en revendication de biens enlevés dans les territoires occupés pen-

¹ Blass, op. cit., p. 136.

² ATF 64 I 192. Burckhardt, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, p. 257.

dant la guerre). Que, faute de dispositions contraires, le Tribunal fédéral des assurances et les tribunaux militaires n'aient pas plus de pouvoir sur l'administration que le Tribunal fédéral, on en conviendra sans peine.¹

En conclusion, *les autorités judiciaires fédérales ne peuvent pas exiger que l'administration leur fournisse des renseignements ; elles ne peuvent pas ordonner à un agent de la Confédération, sous les peines de droit, de déposer sur des affaires de service², même non confidentielles.* Pour s'opposer à leurs réquisitions, l'administration n'aurait donc pas besoin de s'abriter derrière le secret ; il lui suffirait d'invoquer le principe de la séparation des pouvoirs³, qui, on l'a vu, exclut, en droit fédéral, toute primauté de la justice envers l'administration. Rares sans doute seraient les agents qui, en face du juge, songeraient à le faire, de sorte que ce principe n'aurait pas grande valeur pratique. Au surplus, s'il permet au fonctionnaire, en tant que tel, de ne pas obtempérer aux injonctions du magistrat, il ne lui interdit pas de révéler spontanément des affaires confidentielles. C'est pourquoi l'institution du secret est indispensable.

B. Dans les rapports entre l'administration fédérale et la juridiction cantonale

Les conflits de l'administration fédérale avec des autorités judiciaires cantonales sont plus fréquents. L'un d'eux, en 1911, a eu un grand retentissement. C'est à lui, peut-être, que l'on doit l'art. 28 StF. Devant nous référer plusieurs fois à des documents de l'époque, nous commencerons par exposer les faits.

¹ L'indépendance du Tribunal fédéral des assurances est proclamée par l'art. 28 al. 2 de l'arrêté fédéral du 28 mars 1917 relatif à son organisation. Quoiqu'aucune disposition légale ne la garantisse, l'indépendance des tribunaux militaires n'est pas contestée (Burckhardt, Festgabe für Lotmar, p. 90 n. 1).

² Zürcher, consultation.

³ Cela ne contredit pas ce que nous écrivions au 3^e alinéa de la p. 45. Nous y relevions qu'un Etat connaissant ce principe pouvait, pour des raisons pratiques, astreindre ses agents à déposer en justice. Mais la suite montre que le législateur fédéral a évité cette inconséquence.

1. HISTORIQUE ¹

Dans des articles parus en mai 1911, la *Tagwacht* demanda s'il était exact que des sommes touchées par le Département des chemins de fer n'avaient pas été virées immédiatement à la caisse fédérale, mais seulement quelques mois plus tard, après que le service de contrôle s'en fut aperçu. Le fonctionnaire visé, Joseph Bürgi, chef provisoire de chancellerie, actionna en dommages-intérêts Robert Grimm, rédacteur du journal, et des membres de l'Union de presse socialiste. Après la tentative de conciliation et sans attendre la notification de l'exploit de demande, Grimm requit l'administration de preuves à futur. A cet effet, le président du Tribunal III cita les parties et dix témoins, tous fonctionnaires, pour le 6 juin. A l'audience, F. Schumacher, secrétaire-adjoint de la Division des chemins de fer, annonça, après lecture de la première question, que ses supérieurs lui avaient intimé l'ordre de ne pas donner de renseignements sur des faits en rapport avec ses devoirs de service. Les autres témoins déclarèrent aussi que le Conseil fédéral leur avait prescrit de se taire. Embarrassé, le juge envoya le dossier, avec une copie du procès-verbal de l'audience, à la Cour d'appel, en lui demandant des instructions. Elle s'y refusa pour cause d'incompétence, sur quoi le Tribunal III appointa une nouvelle audience au 16 juin. Appelé le premier, Schumacher confirma sa déclaration du 6 juin, en ajoutant : « Le Conseil fédéral m'a ordonné de ne pas répondre à ces questions, qui ont trait à des affaires de service. Je ne puis donc rien dire. Il ne m'appartient pas de décider s'il s'agit en l'espèce d'un secret professionnel. Comme fonctionnaire, je m'en tiens simplement à la consigne que j'ai reçue. » Un arrêté du Conseil fédéral du 15 juin, remis au tribunal, portait effectivement interdiction de déposer. Après avoir rendu Schumacher attentif aux conséquences de son refus, le juge le condamna à trois jours d'emprisonnement et, pour le cas où il persisterait dans son refus, à deux ans de privation des droits civiques, ainsi qu'à la réparation du tort causé aux parties.

Cette condamnation émut l'opinion publique. Presque tous les journaux s'accordèrent à blâmer le gouvernement : sa dé-

¹ Sauf indication contraire, nous empruntons nos informations du dossier du Département fédéral de justice et police, qui est déposé aux archives, et de l'étude déjà citée de Schäppi dans le *Schweiz. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung*.

cision semblait d'autant plus critiquable qu'un département avait poussé Bürgi au procès ; on se trouvait devant une ingérence inadmissible de l'administration dans le pouvoir judiciaire. Se drapant dans le principe de la séparation des pouvoirs et dans celui de l'égalité devant la loi, plusieurs quotidiens dénièrent au Conseil fédéral le droit de soustraire des fonctionnaires à l'obligation de témoigner : ce serait une énormité, qui paralyserait la justice et le contrôle de l'administration.

Les Chambres étant alors réunies, le conseiller national Zurburg invita le Conseil fédéral, par une interpellation, à « indiquer les motifs pour lesquels il a interdit à un fonctionnaire de témoigner en justice dans une affaire qui n'engage pas les intérêts supérieurs de la Confédération ». Dans sa réponse, M. Hoffman exposa d'abord dans quelles circonstances le gouvernement avait pris sa décision (nous y reviendrons ¹) ; il assura que le Conseil fédéral n'avait nullement songé à entraver l'exercice de la justice ni à empêcher une partie de faire valoir ses droits ; il laissa enfin entrevoir que tous les moyens de preuve requis seraient mis à disposition une fois le procès principal engagé.

Entre temps, Schumacher avait attaqué la décision du Tribunal III. Avec succès. Aux termes de l'art. 240 al. 1 CPC bernois de 1883, alors en vigueur, « nul n'est tenu de répondre à des questions qui porteraient atteinte à son honneur, qui l'exposeraient à une responsabilité personnelle ou qui concerneraient des secrets qui lui auraient été confiés à raison de ses fonctions, de sa profession ou de son service. Le témoin sera cru sur son affirmation sermentale qu'un de ces motifs existe et sera dispensé de répondre. » Lorsque Schumacher s'est retranché derrière les instructions du Conseil fédéral, le juge a négligé de lui donner connaissance de cette disposition et de lui demander s'il refusait de répondre pour un des motifs qu'elle indique. La Cour d'appel estime qu'il aurait dû le faire d'office ; son omission s'explique d'autant moins que le témoin aurait manifestement engagé sa responsabilité en n'obtempérant pas à la consigne de ses supérieurs. En outre, le juge n'avait pas le droit de priver Schumacher, séance tenante, de ses droits civiques, même conditionnellement. C'est donc parce que le CPC

¹ Cf. *infra*, p. 68.

bernois a été violé que la Cour a annulé la peine disciplinaire infligée au recourant.

En revanche, elle a repoussé un argument qui nous intéresse davantage. Schumacher soutenait que la citation n'était pas légale, car, vu les lois de 1850 et 1851 sur la responsabilité des autorités et sur les garanties politiques, combinées avec les art. 3 Cst. et 53 CPF, le personnel fédéral ne serait pas soumis directement à la juridiction cantonale à propos d'affaires officielles. La Cour d'appel rétorque que la constitution contient aussi les art. 4 et 64 al. 3 ; que, selon ce dernier, la procédure ressortit aux cantons ; les effets d'une citation judiciaire sont par conséquent réglés par le droit cantonal ; c'est à tort que le recourant se réclame des lois de 1850 et 1851, aucune d'elles n'ayant trait à la citation des témoins en matière civile ; peu importe que les tribunaux d'autres cantons procèdent comme il le dit ; cette circonstance ne serait de toute façon pas de nature à modifier la procédure prescrite par la loi bernoise, dont les règles sont d'ailleurs impératives.¹ Nous verrons plus loin (p. 60 et s.) ce que vaut cette réfutation.

De son côté, le Département fédéral de justice et police n'avait pas attendu l'issue de ce recours pour consulter les professeurs Burckhardt et Zürcher. Tous deux exprimèrent l'avis qu'il appartenait à l'administration fédérale de décider si ses agents pouvaient témoigner sur des affaires de service.²

Le 8 août 1911, le département prénommé soumit au Conseil fédéral un rapport et des propositions qui, adoptées, furent adressées aux cantons par la circulaire du 6 octobre 1911.³ Voici ce texte important qui, pendant plus de quinze ans, a régi la matière et qui, aujourd'hui encore, est souvent cité :

Un fonctionnaire fédéral ayant été puni par l'autorité judiciaire cantonale pour avoir refusé de témoigner en justice, nous avons soumis à un examen approfondi la question de savoir jusqu'à quel point les actes officiels de l'administration fédérale sont susceptibles d'être produits en justice, et dans quelle mesure les membres du Conseil fédéral, les fonctionnaires et employés fédéraux peuvent être astreints à témoigner dans les procès civils ou pénaux instruits devant les tribunaux des cantons.

Nous avons conclu de cet examen qu'une telle obligation n'existe que lorsque le pouvoir fédéral a jugé à propos d'accorder l'*assistance*

¹ Revue des juristes bernois, 1912, p. 516 et s.

² Ce sont les consultations que nous avons déjà citées.

³ FF 1911 IV 370 s.

juridique en déliant l'intéressé du secret administratif. Ceci découle, d'une part, du principe de la séparation des pouvoirs, soit de la relation de l'autorité judiciaire à l'autorité exécutive et, d'autre part, du rapport de droit public entre le pouvoir fédéral et le pouvoir cantonal. C'est là aussi la solution de l'article 53, lettre c, du Code fédéral du 4 février 1853, lorsqu'il s'agit de l'obligation de témoigner des fonctionnaires et employés fédéraux, et de l'art. 1^{er} de la loi sur les garanties politiques du 23 décembre 1851, en ce qui a trait aux membres du Conseil fédéral.

Il ne faut cependant pas déduire de ce qui précède que l'autorité fédérale compétente pourra refuser l'assistance juridique à son gré ou arbitrairement. Cette autorité ne méconnaît nullement l'importance qu'un Etat doit attacher à ce que l'administration de la justice dans les Etats faisant partie d'un Etat fédératif réclame et mérite, de la part de ce dernier, une sollicitude et une protection des plus larges et qu'il est en outre nécessaire d'éviter les conflits dans la mesure du possible.

Le Conseil fédéral examinera donc avec soin chaque cas particulier, en tenant compte tant de la bonne marche de la justice cantonale que du secret administratif fédéral. Il ne refusera l'assistance juridique réclamée que lorsque les intérêts généraux du pays l'y contraindront ou encore lorsque, par suite de cette assistance, les intérêts et la bonne marche de l'administration souffriraient ou seraient compromis dans une forte mesure.

Il appert également de ce qui précède que, toutes les fois qu'il aura à statuer sur une demande d'assistance juridique, le Conseil fédéral ne basera point sa décision sur l'importance ou la valeur intrinsèque de la cause, pas plus que sur les dispositions de la procédure cantonale invoquées en l'espèce.

En se fondant sur ces considérations d'ordre juridique, le Conseil fédéral a pris les décisions de principe ci-après :

1. Le Conseil fédéral ne refusera l'assistance juridique qui lui est demandée, que lorsque ce refus lui sera dicté par l'intérêt général du pays ou lorsque, par suite de cette assistance, l'intérêt et la bonne marche de l'administration souffriraient et seraient compromis dans une forte mesure.
2. Dans la règle, il sera fait droit à la demande d'édition par le chef de département compétent qui appréciera les circonstances et, suivant le cas, ordonnera la remise de copies légalisées ou d'un rapport officiel ou permettra la consultation directe des documents, le tout en lieu et place de la production des pièces originales.
3. Les membres du Conseil fédéral qui sont appelés à témoigner sur des constatations qu'ils ont faites dans l'exercice de leurs fonctions, doivent au préalable requérir l'autorisation du Conseil fédéral.
4. Les fonctionnaires et employés fédéraux qui sont cités à comparaître dans un procès civil ou pénal pour être entendus comme témoins sur les constatations qu'ils ont pu faire en raison de

leurs fonctions ou au cours de leur service, doivent donner sans retard connaissance de la citation au chef de leur département, en demandant l'autorisation de témoigner.

En vous communiquant, pour en faire part à vos tribunaux, la teneur de ces décisions, nous vous invitons à donner à ces organes les indications voulues pour le cas où des fonctionnaires et employés fédéraux seraient appelés à témoigner sur des constatations qu'ils ont faites en raison de leurs fonctions ou au cours de leur service. Nous vous prions, en outre, de faire en sorte que l'autorité fédérale soit, en tout premier lieu, requise de dispenser les dits fonctionnaires et employés de l'obligation de garder le secret administratif. Les différents points sur lesquels la personne citée sera interrogée devront être indiqués d'une façon précise.

Le même mode de procéder trouvera, par analogie, son application lorsqu'un membre du Conseil fédéral sera appelé à témoigner en justice sur des faits qu'il connaît en raison de sa situation officielle.

Quant aux demandes de production de documents, il y a lieu de les adresser de préférence directement au département qu'elles concernent.

Le chiffre 4 ci-dessus fut, en outre, communiqué à tous les fonctionnaires par un ordre de service, du 6 octobre également. La chancellerie en profite pour leur rappeler que le Conseil fédéral « réclame de tous les fonctionnaires le secret le plus absolu vis-à-vis de n'importe quelle personne sur les constatations qu'ils ont faites en vertu de leurs fonctions ou au cours de leur service ». ¹

Le 11 novembre 1911, le Conseil d'Etat de Bâle-Ville informait le Conseil fédéral qu'il avait signalé la circulaire à ses tribunaux, mais qu'il ne s'estimait pas en droit de leur en prescrire l'observation. Il constate qu'aux termes de l'art. 64 Cst., la procédure est l'affaire des cantons et que le droit fédéral ne connaît pas de dispositions générales sur l'obligation des fonctionnaires de témoigner, de sorte que la circulaire manque de base. En octobre 1912, le gouvernement zuricois transmet au Conseil fédéral, en l'approuvant, une lettre de la Cour d'appel, qui déclarait en substance se rallier à la thèse du gouvernement bâlois. ² Dans sa réponse à ce dernier, le Conseil fédéral s'était borné à relever qu'il avait simplement entendu émettre un vœu quant à la procédure à suivre et à renvoyer à la motion Grimm, qui devait être discutée sous peu.

¹ FF 1911 IV 373.

² Blätter für zürcherische Rechtsprechung XII N° 212.

En effet, M. Grimm avait déposé, le 6 décembre 1911, une motion invitant le gouvernement à faire un rapport et des propositions sur les questions suivantes :

1. N'y aurait-il pas lieu de fixer par la voie législative les cas dans lesquels des fonctionnaires, des employés et des ouvriers de l'administration fédérale doivent être appelés à témoigner en justice ou dans lesquels des actes officiels doivent être produits en tribunal ?

2. N'y aurait-il pas lieu, préalablement à cette opération législative, d'abroger l'arrêté du Conseil fédéral qui a été publié dans le N° 42 de la Feuille fédérale du 18 octobre 1911 et qui n'est pas fondé en droit ?¹

En développant sa motion, M. Grimm soutint que la Confédération ne pouvait pas régler la déposition en justice et la production de documents sans reviser les art. 64 et 64 *bis* Cst. La notion d'entrave à l'administration est élastique. L'administration est ainsi à même de cacher les faits gênants, ce qui ouvre la porte à l'arbitraire. Comment la presse remplira-t-elle son rôle de critique si, en invoquant le secret de fonction, l'administration peut l'empêcher de prouver la véracité de ses assertions ? Dans sa réponse, le conseiller fédéral Müller se référa aux consultations Zürcher et Burckhardt, insista sur l'importance de la juridiction et sur le devoir de l'administration de la seconder et déclara que, prêt à examiner s'il convenait de régler la matière par une loi, le Conseil fédéral ne s'opposait pas à la première partie de la motion, qui fut acceptée après que M. Grimm en eut retiré la deuxième partie.²

Quelle suite le Conseil fédéral lui a-t-il donnée ? Dans son rapport de gestion pour l'année 1917³, il relève que, depuis la publication de sa circulaire du 6 octobre 1911, aucun conflit n'a surgi au sujet du témoignage en justice et de la production de pièces officielles par le personnel fédéral ; les principes arrêtés alors sont appliqués de telle façon que l'administration accorde dans une large mesure l'assistance juridique aux tribunaux. Le besoin d'une réglementation ne se faisant pas sentir, il sied de s'en tenir à ces principes et à la jurisprudence qui s'y adosse.

¹ Burckhardt, Droit fédéral suisse, N° 303 III.

² Bull. st. C. N. 1912, p. 91 à 118.

³ P. 209.

2. DISCUSSION DU PROBLÈME

L'administration fédérale ne peut-elle pas, ici aussi, arguer de la séparation des pouvoirs ? Cela paraît évident. Aussi, dans sa circulaire du 6 octobre 1911, le Conseil fédéral n'a-t-il pas manqué de le faire. A tort. Ce principe n'a trait, par définition, qu'aux rapports entre les pouvoirs d'un seul et même Etat.¹ Il tend à garantir aux citoyens la liberté dont ils seraient privés si les puissances de légiférer, d'exécuter et de juger étaient réunies dans la même personne ou dans le même corps de magistrature.² Pareille réunion ne se conçoit qu'au sein d'un Etat donné. Comment réunir des pouvoirs relevant de souverainetés distinctes ? Le principe de la séparation des pouvoirs ne saurait donc s'appliquer aux rapports entre des pouvoirs ou des autorités d'Etat différents. Il est donc inopérant dans le cas qui nous occupe.

L'administration n'est pas pour autant démunie en face des réquisitions des juges cantonaux. La dite circulaire allègue aussi le « rapport de droit public entre le pouvoir fédéral et le pouvoir cantonal ». Quel est ce rapport ? Dans sa consultation, Burckhardt expose que Confédération, d'une part, et cantons, de l'autre, sont placés sur le même pied, juxtaposés.³ Dans sa sphère, chacun accomplit ses tâches indépendamment des autres ; il choisit librement ses moyens d'action et organise ses autorités à sa guise. Chacun est maître du secret de ce qui se passe dans son administration. Le droit de régler une matière implique celui de décider du secret des faits qui s'y rattachent. Compétent pour organiser la police, le canton doit pouvoir déterminer les affaires et les opérations au sujet desquelles ses agents doivent se taire. Il appartient à la Confédération, chargée de la défense nationale, de désigner les recherches et les travaux confidentiels. Burckhardt conclut que si aucune autorité cantonale ne peut exiger que l'administration fédérale la renseigne sur des affaires officielles relevant, d'après la constitution, de la Confédération, réciproquement le canton a aussi la faculté de lui refuser la commu-

¹ Burckhardt, consultation.

² Cf. L'Esprit des lois, livre XI, chap. VI.

³ Gleichgestellt, nebengeordnet.

nication de faits rentrant dans sa sphère à lui, sauf quand il agit comme organe d'exécution de l'Etat central. Partant, les autorités judiciaires fédérales ne sauraient se prévaloir de l'origine des règles de procédure qu'elles appliquent pour obtenir des cantons la révélation de faits officiels.¹ Il s'ensuit, si nous comprenons bien, que les art. 134 et s. PCF ne permettraient pas au Tribunal fédéral de sévir contre les employés cantonaux qui refuseraient de témoigner devant lui en se retranchant derrière des prescriptions cantonales sur le secret de fonction. Cette conséquence ne laisse pas de dérouter, eu égard à la force dérogoratoire du droit fédéral ; mais avant de faire jouer l'art. 2 des dispositions transitoires Cst, il faut mesurer la portée de la norme fédérale en cause.² Or, il n'est pas certain d'emblée qu'une saine interprétation des articles cités conduise à admettre que les autorités cantonales et leurs agents y sont soumis à l'instar des simples justiciables. Notre étude ne portant pas sur le devoir de discrétion des fonctionnaires cantonaux, nous ne nous attarderons pas à ce problème.

Ce qu'il importe de retenir de la consultation de Burckhardt, c'est que, dans l'hypothèse la plus favorable aux cantons, celle qui les met au même rang que le pouvoir central, ils sont désarmés et doivent s'incliner devant le secret administratif du personnel fédéral.

Que vaut cette hypothèse ? Elle dérive de la doctrine du partage de la souveraineté entre l'Etat central et les Etats confédérés. Scrutant les institutions politiques des Etats-Unis d'Amérique, Tocqueville soutenait que le système fédératif « met nécessairement en présence deux souverainetés. Le législateur parvient à rendre les mouvements de ces deux souverainetés aussi simples et aussi égaux que possible, et peut les enfermer toutes les deux dans des sphères d'action nettement tranchées ; mais il ne saurait faire qu'il n'y en ait qu'une... »³ Développant ces idées, Waitz édifie une théorie qui a longtemps régné : La souveraineté et le pouvoir public sont partagés entre l'Etat collectif

¹ « ... weshalb auch die eidg. Gerichtsbehörden sich nicht auf den eidg. Ursprung der von ihnen angewendeten Prozessvorschriften berufen könnten, um die Bekanntgabe amtlicher Vorgänge durch die Kantone zu erzielen. »

² ATF 64 I 200.

³ De Tocqueville, De la démocratie en Amérique, t. I, p. 276.

et les Etats particuliers.¹ En Suisse, la plupart des auteurs² admirent d'abord ce fractionnement de la souveraineté, d'où il résulte que les Etats membres sont juxtaposés et non subordonnés au pouvoir central ; entre eux l'égalité est complète ; chaque Etat s'organise en toute indépendance et jouit, dans sa sphère, d'une liberté aussi grande que si les autres n'existaient pas.³ Burckhardt s'est manifestement inspiré de cette théorie en rédigeant sa consultation de juillet 1911. Il y souscrit d'ailleurs expressément dans la première édition de son commentaire de la constitution.⁴ Il est assez piquant de constater que les autorités fédérales emboîtaient le pas. On lit, dans le rapport du Département de justice et police du 8 août 1911⁵ : « Nach schweizerischem Staatsrecht sind Bund und Kantone staatsrechtlich gleichgestellt ; auf dem ihnen eingeräumten Zuständigkeitsgebiet verfolgen beide unabhängig von einander ihre Staatszwecke. Deshalb gibt es kein Gebots- oder Verbotsrecht des einen mit Bezug auf die Verwaltungstätigkeit des andern, kein Verfügungsrecht des einen über die Beamten und die Akten des andern, keine Möglichkeit, dem einen oder andern Zwangsmittel anzudrohen, oder gegen ihn anzuwenden. »

Aujourd'hui, revenant, sur ce point, aux conceptions de Rousseau, on professe en général que la souveraineté est indivisible.⁶ Elle appartient à l'Etat central, qui possède seul le droit de déterminer sa propre compétence (compétence de la compétence). Les cantons tiennent leurs attributions de la constitution fédérale. Ils peuvent en être dépouillés contre leur gré. Et, pourtant, les art. 3 et 5 Cst proclament leur souveraineté ! En déduire qu'ils sont effectivement souverains serait se payer

¹ Borel, Etude sur la souveraineté et l'Etat fédératif, p. 110 s.

² Bluntschli, Geschichte des schweiz. Bundesrechtes, t. I, p. 565 ; Dubs, Das öffentliche Recht der schweiz. Eidgenossenschaft, t. II p. 28 ; Blumer, Handbuch des schweiz. Bundesstaatsrechtes, t. I, p. 209 s ; Schollenberger, Das Bundesstaatsrecht der Schweiz, p. 86 s ; Lampert, Das schweiz. Bundesstaatsrecht, p. 13.

³ Autre conséquence de la théorie de la double souveraineté : dans les domaines où ils sont compétents, les Etats membres n'ont pas d'ordre à recevoir du pouvoir central (Borel, op. cit., p. 118). C'est en vertu de ce précepte que Burckhardt pensait que les cantons pouvaient refuser de donner connaissance de leurs affaires confidentielles à des autorités fédérales.

⁴ Cf. 1^{re} édition, p. 15 ss.

⁵ Cf. supra., p. 52.

⁶ Cf. Du contrat social, livre II, chapitre II.

de mots. Que le constituant ait parlé de souveraineté, par ignorance ou, comme le pense M. Ruck¹, pour tranquilliser les cantons et ménager leur prestige, toujours est-il qu'il n'a pas pris le terme souveraineté dans un sens technique ; c'est le partage de la *compétence* qu'il avait en vue.²

Une autre objection se présente à l'esprit. Dans le champ de leur compétence, les cantons ne sont-ils pas autonomes, libres d'agir, de légiférer à leur guise, hors de tout contrôle ? Cet affranchissement d'un contrôle extérieur n'est-il pas le signe de la souveraineté ? Borel démontre qu'il n'y a pas de domaine qui échappe au contrôle du pouvoir central.³ Chaque acte d'un être inférieur, écrit-il (Etat confédéré, commune ou individu), se rattache à l'un des termes de l'alternative suivante : « Ou bien la personne qui agit dépasse sa compétence. Alors l'être supérieur la fera rentrer dans les limites qui lui sont assignées, ce qui manifeste bien un contrôle de sa part. Ou bien la personne inférieure agira dans les limites de sa propre sphère. Si dans ce cas elle enfreint une des règles qui lui sont imposées par le pouvoir supérieur, ce dernier interviendra également, *avec raison*, pour faire rentrer son subordonné dans le devoir. Si par contre l'inférieur agit conformément aux lois auxquelles il est soumis et sans dépasser les limites de sa compétence, le souverain s'abstiendra d'intervenir dans son action. Il s'abstiendra, non pas parce qu'il n'a pas le droit de contrôler les actes en question, mais bien parce que ces actes lui sont indifférents, du moment qu'ils restent dans la sphère où la volonté de l'être inférieur a le droit de se mouvoir librement. » Même dans la sphère qui leur est dévolue, les cantons sont donc bridés ; ils doivent tenir compte du droit fédéral et y harmoniser leur législation⁴. Leur compétence est subordonnée à celle de la Confédération.^{5 6}

¹ Staatsrecht, p. 28.

² Burckhardt, Kommentar, p. 13, 21 ss.

³ Op. cit., p. 82.

⁴ ATF 64 I 26 s.

⁵ Burckhardt, Kommentar der Bundesverfassung, 3^e édition, p. 19 s ; Organisation der Rechtsgemeinschaft, p. 157 ss. Dans cet ouvrage, Burckhardt démolit magistralement lui-même sa position primitive. Dans le même sens, Affolter, op. cit., p. 15 ; Fleiner, Bundesstaatsrecht, p. 53 s ; Ruck, Staatsrecht, p. 27 ; ces deux derniers auteurs dénie la souveraineté aux cantons, mais les considèrent néanmoins comme des Etats. Le mérite d'avoir attaché le grelot revient toutefois, en Suisse, à Borel.

⁶ Voir la note 2 de la p. 62.

L'hypothèse sur laquelle repose la consultation du professeur Burckhardt est donc fausse, ainsi qu'il le reconnaît dans son *Organisation der Rechtsgemeinschaft*.¹ Dépourvus de souveraineté, les cantons sont subordonnés à la Confédération. Il s'ensuit que, même dans les domaines de leur compétence, ils n'ont aucune autorité sur elle.² C'est ainsi que leur « souveraineté » fiscale ne les autorise pas à l'imposer. L'art. 10 de la loi de 1934 sur les garanties politiques et de police³ le confirme expressément en ce qui concerne les impôts directs. Mais, fondée sur la suprématie du droit fédéral, cette exonération s'étend aux impôts indirects, en tant — cela va sans dire — que la Confédération intervient comme détenteur de l'*imperium* et non comme sujet de droit privé. Le Département de justice et police soutient avec raison qu'elle ne peut être soumise au droit de timbre cantonal que dans la mesure où l'assujettissement se concilie avec sa qualité d'Etat.⁴ Aussi le Conseil fédéral a-t-il pris, le 4 avril 1916, un arrêté aux termes duquel elle « ne doit pas l'impôt cantonal du timbre dans les cas où elle figure en qualité d'Etat ». ⁵ Les cantons ont la faculté, en vertu de leur pouvoir de police, de déclarer obligatoire l'assurance-incendie. Les immeubles de la Confédération affectés à des buts étatiques et le mobilier dont elle a besoin pour remplir sa tâche

¹ Cf. note 4 de la page 59.

² Sauf exception prévue par le droit fédéral, Il faut avouer que le principe n'a pas été réalisé avec une rigueur absolue. Cela se comprend, puisque l'idée que, ne pouvant être morcelée, la souveraineté est l'apanage de l'Etat central, supérieur aux Etats membres, n'a prévalu que récemment. De là bien des dispositions qui n'auraient pas vu le jour si le législateur avait d'emblée eu conscience des véritables rapports qui unissent le pouvoir central et les cantons. Aussi la situation n'est-elle pas partout très claire. C'est pourquoi Burckhardt insiste sur l'esprit de conciliation dont Confédération et cantons doivent mutuellement faire preuve dans l'exercice de leur compétence ; en se raidissant dans une attitude intransigeante, ils multiplieraient les conflits ; l'indispensable collaboration exige que chacun lubrifie les rouages. Dans l'accomplissement de sa mission administrative, la Confédération a le devoir de prendre en considération les besoins de l'administration cantonale. De leur côté, les cantons ne doivent pas exercer leurs attributions fiscales et policières sans tenir compte des nécessités de l'administration fédérale (Kommentar, p. 17).

³ « La caisse fédérale et tous les fonds administrés par la Confédération, ainsi que les immeubles, établissements et matériaux affectés directement à un but fédéral, échappent aux impôts directs des cantons. »

⁴ Burckhardt, Le droit fédéral suisse, N° 269 VIII.

⁵ FF 1916 II 362.

publique ne sont pas soumis à cette obligation.¹ Il en est de même quant à la procédure. Sans doute « demeure »-t-elle aux cantons. Mais, ici comme ailleurs, cette compétence n'a pas étendu leur champ d'action naturel² : elle s'arrête devant le pouvoir fédéral. Aussi est-ce en vain que les art. 64 et 64 bis Cst ont été maintes fois invoqués.

C'est pourquoi l'arrêt de la Cour d'appel bernoise dans la cause Schumacher ne satisfait pas. Elle a, certes, annulé le jugement de première instance, mais seulement parce qu'il ne se conciliait pas avec le code de procédure. Si ce dernier n'avait pas dispensé, sous certaines conditions, les fonctionnaires de témoigner sur des affaires de service, elle aurait maintenu la condamnation, car elle croyait que la question relevait uniquement du droit cantonal, en vertu de l'art. 64 Cst. C'était méconnaître la portée de cet article, laquelle est limitée par la structure fédérative de la Suisse. C'était oublier que l'art. 53 litt. c CPF, aux termes duquel le fonctionnaire est puni s'il révèle des communications verbales ou le contenu de pièces dont il a eu connaissance à raison de son emploi³, devait l'emporter, vu l'art. 2 disp. transit. Cst, sur toute norme cantonale créant une obligation de déposer.

Il reste à tirer la conclusion de ces développements. *N'ayant* — nous l'avons vu — *aucun pouvoir sur la Confédération, même*

¹ Droit fédéral suisse, N° 291, I à III ; JAAC 1928 N° 3. Il est néanmoins souhaitable (cf. note 2 de la p. 60) que la Confédération accepte *volontairement* d'assurer ses immeubles ou ses meubles conformément au droit cantonal, lorsque c'est possible sans inconvénient majeur. A notre avis, le Tribunal fédéral est allé trop loin en jugeant que, dans les cantons qui connaissent l'assurance immobilière obligatoire, elle est *tenue* d'assurer contre l'incendie les magasins où elle conserve le matériel destiné aux barrages contre les tanks. Son arrêt (65 I 102) découle d'une fausse conception de la souveraineté. On y lit : « Immerhin muss man aus der Kompetenzverteilung in der Bundesverfassung schliessen, dass ein Kanton die ihm zustehende Staatshoheit dem Bund gegenüber nicht ausüben darf, soweit dadurch die Durchführung der dem Bunde zugeschienenen Aufgaben verunmöglicht oder wesentlich erschwert würde. » Nous tenons cette restriction pour inconciliable avec la qualité d'Etat souverain, qui appartient au pouvoir central seulement, alors que le Tribunal fédéral, sortant la théorie de Waitz de la naphthaline, semble encore admettre (en 1939 !) que les cantons sont souverains (il parle de leur « Staatshoheit »).

² Zürcher, consultation.

³ Il est vrai que cet article ne punissait la révélation que si le secret avait été prescrit ; mais c'était le cas en l'occurrence.

là où ils sont compétents¹, les cantons n'ont pas d'ordre à lui donner. Ils ne peuvent donc lui commander de leur révéler ses affaires confidentielles — ni, partant, le commander à ses agents.²

3. L'OPINION DU TRIBUNAL FÉDÉRAL

Le 22 décembre 1910, le Tribunal fédéral a statué sur un recours de droit public formé par un fonctionnaire fédéral condamné pour avoir opposé son devoir de discrétion au juge cantonal qui l'interrogeait comme témoin. Cet arrêt, le seul, à notre connaissance, qu'il ait rendu au sujet du secret administratif, n'a pas été publié.³ Aussi le reproduisons-nous en grande partie. Voici les faits :

Dans un procès en divorce pendant devant le Tribunal civil du district de Lausanne, Ernest Jayet, secrétaire de la direction des douanes, avait été cité comme témoin. Interrogé sur le caractère du demandeur, il répondit qu'il ne le connaissait que « comme fonctionnaire des douanes », qu'il ne savait rien de lui « en dehors de son service » et qu'en ce qui concernait ce service, il lui était « interdit de répondre sans l'autorisation de l'administration supérieure des douanes ». Estimant qu'il avait refusé de répondre à la question posée et qu'il ne bénéficiait pas de l'art. 241 CPC, le tribunal lui infligea une amende de 50 fr.

Le Tribunal cantonal rejeta son recours tout en réduisant l'amende à 20 fr. Motifs : Il résulte des art. 249 et 236 CPC que le témoin qui refuse de déposer en justice peut être condamné à une amende ne dépassant pas 150 fr., à moins qu'il

¹ Dans le même sens Schollenberger, op. cit., p. 89. Quoique partisan de la souveraineté cantonale, cet auteur écrit (ibid.) : « Der Bund ist, auch wo er nicht die Hoheit besitzt, als Oberstaat nie der Gewalt der Kantone unterworfen. »

² Autre conséquence logique : en leur qualité officielle, les fonctionnaires de l'Etat central ne sont pas justiciables des tribunaux des Etats membres — si ce n'est en vertu du droit fédéral. Nous reconnaissons toutefois que la procédure préliminaire à laquelle la loi de 1850 sur la responsabilité a subordonné toute action, civile ou pénale, contre des fonctionnaires, a été instituée moins pour respecter le principe que pour éviter qu'ils puissent être inquiétés par n'importe qui et pour souligner que c'est d'abord envers leurs supérieurs qu'ils répondent de leur gestion (Revue de droit suisse, t. 53, p. 607).

³ Le Conseil fédéral le mentionne dans son message du 18 juillet 1924 ; on peut le consulter aux archives fédérales.

ne se trouve dans l'un des cas mentionnés aux al. 1, 3 et 5 de l'art. 241 CPC. Seule la dernière éventualité — celle où le témoin « a un intérêt matériel ou moral au résultat du procès ou de la preuve » — peut entrer en ligne de compte. Ces hypothèses ne sont pas réalisées. Le recourant ne saurait non plus invoquer le secret professionnel. La circulaire de la Division générale des douanes du 5 avril 1895 concernant « le secret à observer au sujet des affaires de l'administration » n'a pas force de loi et n'a d'ailleurs pas le sens et la portée que Jayet lui attribue. La « défense de faire à des tiers des communications sur des questions intérieures de service, sur les affaires personnelles des fonctionnaires, etc., ou de parler de ces questions dans un local public en présence de personnes étrangères à l'administration » n'a qu'une portée d'ordre interne et ne permet pas aux fonctionnaires des douanes de se refuser à déposer en justice sur un fait tel que le caractère d'un employé ou fonctionnaire.

Dans son recours pour déni de justice, Jayet prétendit avoir obéi à un ordre de service et répondu en toute bonne foi à la question posée dans la mesure de ce qui lui était permis en l'absence d'une autorisation de l'administration des douanes.

Après avoir relevé que le recours est irrecevable, parce qu'il ne précise ni les dispositions qui auraient été arbitrairement interprétées ni les principes violés, la Section de droit public (qui s'appelait alors : II^e Section) poursuit : « Au reste, même si l'on entre en matière sur le fond du débat., l'arrêt cantonal apparaît comme justifié à tous égards.

Loin de vouloir résoudre une question de principe sous prétexte de juger le cas du recourant¹, le Tribunal vaudois s'est au contraire attaché aux circonstances de la cause et a recherché si le recourant pouvait se mettre au bénéfice d'une des exceptions prévues à l'art. 241 CPC. Et l'interprétation que l'instance cantonale donne au texte de la loi se justifie entièrement. Le recourant ne se trouvait dans aucune des hypothèses visées par la disposition légale. Aussi bien s'est-il avant tout retranché derrière le secret professionnel en invoquant une circulaire de l'administration des douanes. Le Tribunal cantonal remarque avec raison que cet « ordre de service » n'a aucune

¹ Celui-ci affirmait que le tribunal avait résolu à ses dépens la question de principe si et dans quelle mesure un fonctionnaire peut s'abriter derrière le secret professionnel.

valeur légale et ne peut déroger aux dispositions des lois en vigueur. Or le droit vaudois ne prévoit pas le secret professionnel comme une excuse valable, dispensant un témoin de déposer en justice. Et le recourant ne prétend pas qu'il existe une loi fédérale modifiant sur ce point le droit cantonal. Quoi qu'il en soit d'ailleurs, le recourant s'est mépris sur le sens et la portée de la circulaire administrative. Ainsi que l'admet l'instance cantonale, cet ordre de service ne vise point les déclarations qu'un fonctionnaire ou employé des douanes peut être appelé à faire en tribunal comme témoin, surtout s'il s'agit, comme en l'espèce, de questions purement privées n'intéressant en rien les affaires de l'administration des douanes... »

Le refus de Jayet de dépeindre le caractère d'un collègue paraît, en vérité, difficilement défendable. La signification de la circulaire du 5 avril 1895 lui a probablement échappé. Aussi aurions-nous compris que le Tribunal fédéral en déduisit, à la rigueur, que l'arrêt attaqué n'était pas arbitraire. A la rigueur, car il appartient à l'administration de désigner les faits qu'elle estime confidentiels. Sa décision lie le juge, qui n'a pas à la vérifier. En l'espèce, les juridictions cantonales auraient dû demander à la Direction générale des douanes si elle approuvait l'interprétation que Jayet donnait à son ordre de service. Même si elles la tenaient pour manifestation erronée, elles ne pouvaient l'enjamber sans empiéter sur la sphère de l'administration. Mais le Tribunal fédéral ne s'est pas cantonné sur le terrain de l'arbitraire. Il a souscrit sans réserve à la manière de voir du Tribunal cantonal, de sorte que, déniait toute valeur à la circulaire de la Direction des douanes, il n'eût sans doute pas prononcé autrement si d'autres questions avaient été posées au recourant. Un règlement administratif (instructions, ordre de service) diffère de la loi en ce qu'il ne lie que l'administration.¹ Le juge peut donc l'ignorer chaque fois qu'il s'agit de déterminer les droits et les obligations de personnes étrangères à l'administration, puisque leur situation juridique n'en est pas influencée. C'est dans ce sens seulement qu'on peut dire qu'il n'a pas de « valeur légale », bien que cette expression soit équivoque. En revanche, quand des fonctionnaires sont en cause, le juge doit tenir compte des instructions de service qui les

¹ C'est à tort que quelques auteurs (Fleiner, Institutionen, p. 92 ss ; Ruck, Verwaltungsrecht, p. 26) contestent son caractère juridique ; cf. Kelsen, Justiz und Verwaltung, p. 6.

concernent.¹ Or, à condition d'être valable, une prescription fédérale de service a le pas sur les dispositions contraires du droit cantonal. La priorité que l'art. 2 disp. trans. Cst reconnaît au droit fédéral — et qui dérive d'ailleurs de la nature fédérative de l'Etat — est générale et absolue. Elle compète à toute prescription fédérale, de sorte qu'un simple règlement prime, en cas de conflit, les constitutions cantonales.² Un ordre de service ne fait pas exception à la règle. La thèse du Tribunal fédéral émasculait l'art. 53 litt. c CPF³, lequel, en effet, réprimait la divulgation non point de toutes les affaires officielles, mais de celles seulement dont le secret avait été prescrit. Or le mode usuel de prescription est précisément l'ordre de service. Par conséquent, les ordres de service sans lesquels elle restait inefficace n'ayant pas de valeur aux yeux du Tribunal, cette disposition de droit fédéral était évincée par les normes cantonales sur le témoignage en justice — ce qui est inadmissible.

C. Conclusion

Des lettres A et B se dégage la conclusion suivante : *Des principes essentiels du droit fédéral interdisent aux autorités judiciaires de la Confédération et des cantons de donner des ordres à l'administration fédérale et, en particulier, d'exiger qu'elle les renseigne sur ses affaires, de sorte qu'elles en sont réduites à solliciter son aide.* C'est précisément la solution consacrée par l'art. 28 StF en ce qui concerne la déposition en justice. Elle est donc juridiquement inattaquable.

Le Conseil fédéral a d'ailleurs toujours soutenu que la production de documents officiels et le témoignage de fonctionnaires fédéraux n'étaient pas régis par le droit cantonal, qu'il appartenait aux autorités fédérales seules de décider du secret des documents et que les agents mandés à la barre pour déposer sur des faits rentrant dans leur gestion officielle devaient requérir l'autorisation de leurs supérieurs.⁴

Reste à savoir si cette solution est justifiée en fait.

¹ Marti, Das Verordnungsrecht des Bundesrates, p. 122.

² Fleiner, Bundesstaatsrecht, p. 421.

³ Le Tribunal fédéral relève que Jayet n'a pas mentionné de loi fédérale modifiant le droit cantonal. Ayant accepté, nonobstant l'irrecevabilité du recours, d'en examiner le mérite, il ne devait pas, dans la discussion du fond, faire état de l'insuffisance en raison de laquelle il estimait le recours irrecevable.

⁴ De Salis, Le droit fédéral suisse, 2^e édition, No 233.

§ 4. Est-elle nécessaire ?

Si l'administration devait déférer aux injonctions des tribunaux, ce sont eux qui disposeraient de ses secrets. Qui, du juge ou de l'administration, est-il le mieux placé pour apprécier le caractère confidentiel des affaires de cette dernière ? Ne résout-on pas la question en la posant ? Comment le juge mesurerait-il le danger qu'il peut y avoir à révéler un acte dont il ignore tous les tenants et aboutissants ? Le bon sens commande de confier la décision aux organes responsables de la bonne marche de l'administration, seuls à même d'apprécier les intérêts en jeu. Sans doute inclineront-ils parfois à les surfaire et à refuser la communication dans des cas où elle ne nuirait pas. Mais ce n'est pas une raison de s'en remettre aux autorités judiciaires qui, ne pouvant en général pas prévoir les conséquences de la levée du secret, risqueraient de mésestimer ces intérêts, lesquels importent souvent plus (sauvegarde de la sécurité extérieure, maintien du calme à l'intérieur) que la juridiction.¹ Picot voulait que le juge qui n'accepte pas le motif de refus avancé par le fonctionnaire appelé à déposer pût « en référer au Tribunal fédéral »². Cette suggestion, qui tendait à déplacer les responsabilités, était fort peu judicieuse. Les juges fédéraux eussent sans doute été les premiers à regretter qu'elle triomphât.

Le meilleur moyen de prévenir les abus est de limiter le pouvoir discrétionnaire de l'administration. Le législateur s'y est ingénié à l'art. 28 al. 3 StF.

§ 5. Les principes que doit observer l'administration

Pour obtenir des renseignements de l'administration, les tribunaux, ne pouvant ordonner, doivent solliciter. Qu'il s'agisse de comparaître à la barre ou de produire des documents, c'est elle qui décide. Non point, certes, suivant son bon plaisir. Dans un Etat de droit, toute décision administrative doit prendre pied sur des principes ; s'ils ne sont pas dictés par l'autorité supé-

¹ Burckhardt, dans sa consultation, est catégorique. Il relève, en particulier, que l'intérêt au respect de l'ordre juridique ne varie pas selon les causes ; clair à tous les yeux, il peut être apprécié aussi bien par l'administration que par les tribunaux.

² Consultation du 9 avril 1925 à l'Union fédérative.

rieure, celle qui statue les établira elle-même.¹ Sinon l'arbitraire est inévitable.

L'art. 28 StF énonce ces principes en ce qui concerne la déposition en justice. Selon le 3^e alinéa, l'autorisation nécessaire ne peut être refusée que si les intérêts généraux du pays l'exigent ou si elle aurait pour effet d'entraver dans une forte mesure l'administration dans l'accomplissement de sa tâche. Cette disposition a été adoptée sur la proposition de la commission du Conseil des Etats.² Le gouvernement aurait préféré régler la question dans une ordonnance d'exécution. L'art. 27 al. 3 du projet énonçait : « Le Conseil fédéral fixe les principes d'après lesquels l'office compétent donne ou refuse cette autorisation... »³ Les ayant fixés elles-mêmes, les Chambres auraient dû biffer cette phrase, désormais superflue. Or, on la retrouve à l'art. 28 al. 3 StF. Elle induisit en erreur le conseiller national Walder, qui, dans une motion du 30 septembre 1941, déclare « souhaitable que le Conseil fédéral résolve la tâche que lui attribue l'art. 28 StF, c'est-à-dire pose les principes d'après lesquels l'office compétent peut donner ou refuser l'autorisation ». Il n'a pas remarqué que le même alinéa de l'art. 28 le fait déjà.

Que faut-il entendre par « intérêts généraux du pays » ? La nécessité, quand ils sont en jeu, d'observer le secret même vis-à-vis des autorités judiciaires semble si manifeste que personne n'a combattu ni expliqué ce premier critère. Toutefois cette évidence ne nous apprend rien sur leur nature. Ils s'opposent apparemment aux intérêts particuliers du pays. En quoi consistent ces derniers ? Nous l'ignorons. Les intérêts du pays ne sont-ils pas généraux par définition, en regard des intérêts des personnes privées, qui, eux, sont particuliers ? Telle est la distinction coutumière ; elle a du moins l'avantage de la clarté. Le législateur avait-il en vue les intérêts « supérieurs » du pays, c'est-à-dire ceux qui touchent à l'existence de l'Etat ? Si ç'avait été le cas, nous croyons qu'il aurait employé ce qualificatif. N'a-t-il pas fait plutôt une tautologie ? Le pays dans son ensemble a intérêt à ce que la Confédération s'acquitte de toutes les tâches qui lui incombent. Du point de vue de la constitution,

¹ Burckhardt, Organisation der Rechtsgemeinschaft, p. 58 ; Ruck, Verwaltungsrecht, p. 14 et 23.

² Bull. st., CE 1925, p. 250

³ Cf. le message, p. 107.

il n'y en a pas d'insignifiantes. Il ne serait pas tolérable que l'une seule d'entre elles soit compromise par une déposition en justice. C'est pourquoi nous pensons que la permission de déposer à la barre peut être refusée chaque fois que le bien commun, que les intérêts du pays l'exigent.

Le deuxième critère (entrave à l'administration), en revanche, a rencontré de la résistance. Déjà en 1912, lors du débat sur la motion Grimm, et de nouveau à propos de la loi sur le statut, quelques députés ont exprimé la crainte que la Confédération n'en abuse et n'y recoure en cas de litige pour empêcher son adversaire de prouver les faits qu'il allègue.¹ Avouons que cette crainte n'est pas absolument injustifiée. L'affaire Bürgi-Schumacher est symptomatique. Malgré les explications officielles, nous avons peine à croire que le Conseil fédéral n'a pas tenté d'offusquer des faits troublants et que, sans la pression de l'opinion publique et l'interpellation Zurburg, il eût aussi fini par autoriser la révélation. En effet, comment a-t-il motivé son refus ? Par les circonstances spéciales de l'espèce : ² Les témoins n'ont pas été cités dans le procès principal Bürgi contre *Tagwacht*, mais à la requête du défendeur Grimm en vue de la preuve à futur, laquelle, selon une particularité de la procédure bernoise qu'ignorait le chef du Département des chemins de fer, peut être administrée en tout temps, même si les moyens de preuve ne risquent pas de se perdre ; en outre, cette preuve n'avait été requise que par Grimm, alors que d'autres membres de l'Union de presse socialiste avaient aussi été actionnés par Bürgi ; il semblait donc s'agir d'un nouveau procès où Grimm était demandeur et Bürgi défendeur ; c'est sous cette fausse impression que le Conseil fédéral a pris sa décision. D'autre part — poursuit M. Hoffmann — les citations ont été notifiées aux témoins le 2 juin (vendredi avant Pentecôte)³, l'audience étant fixée au 6 juin (mardi de Pentecôte) ; le chef du Département des chemins de fer n'en a eu connaissance que le samedi 3 juin⁴ ;

¹ Bull. st., CN 1912, p. 96 s ; CE 1925, p. 250.

² Nous résumons ci-après une partie de la réponse de M. Hoffmann, conseiller fédéral, à l'interpellation Zurburg, ZBl 1912, p. 55.

³ Nous avons trouvé aux archives l'original de la citation adressée au témoin Josef Borer, employé de chancellerie de II^e classe, au Département des chemins de fer ; elle est datée du 31 mai 1911.

⁴ Alors que la lettre par laquelle la chancellerie a informé le président du Tribunal III de la décision du Conseil fédéral date du 2 juin !

il n'était plus possible de soumettre l'affaire au plenum ; la décision a été prise par le département prénommé et par le président ; le Conseil l'a ratifiée le 15 juin.

Tout cela ressemble fort à de mauvaises raisons. Le représentant du gouvernement n'a même pas prétendu que les faits sur lesquels portait la preuve à futur fussent confidentiels. Peu importait, dès lors, qu'il s'agit du procès intenté par Bürgi à la *Tagwacht* ou d'un autre. L'argument tiré du manque de temps ne convainc personne, d'autant moins que les dates indiquées sont probablement inexactes. Supposé d'ailleurs que la première citation ait pris le gouvernement au dépourvu, ce n'était plus le cas de la deuxième, de sorte que la décision du 15 juin est en tout cas injustifiée.

Quoique déplaisant, cet épisode n'autorise pas à rejeter la solution adoptée par le législateur. Il est antérieur à l'examen approfondi du problème, qui s'est concrétisé par la circulaire de 1911. Depuis lors, la pratique est beaucoup plus libérale.¹

Pour justifier l'insertion à l'art. 28 al. 3 StF d'une deuxième cause de refus, on a prétendu que l'administration devait aussi pouvoir invoquer son propre intérêt.^{2 3} S'il en était ainsi, l'assistance juridique serait un vain mot. L'administration pourrait repousser toutes les requêtes, car fournir des renseignements aux tribunaux — par écrit ou oralement — est toujours pour elle une source d'inconvénients, ne serait-ce qu'en raison du temps perdu. En réalité, l'art. 28 al. 3, à la différence de la circulaire de 1911⁴, ne mentionne pas l'intérêt de l'administration ; il exige que la révélation l'entrave dans l'accomplissement de sa tâche — et qu'elle l'entrave dans une forte mesure ; l'intérêt à cacher quelque chose ne suffit donc point.

¹ Cf. infra, p. 76 s.

² Bull. st., CE 1925, p. 250 ; consultation du Département de justice et police du 25 avril 1925.

³ On aurait pu ajouter que, selon plusieurs codes de procédure, des particuliers peuvent s'abstenir de témoigner lorsqu'ils risqueraient, p. ex., de compromettre leurs intérêts ou de s'exposer à des poursuites pénales (cf. art. 222 litt. d CPC neuch., art. 190 CPC vaud., art. 216 CPC val., art. 136 ch. 2 PCF, art. 79 PPF, art. 29 ch. 1 règlement de procédure du 15 janvier 1946).

⁴ Et encore cette circulaire ne le mentionnait-elle que concurremment avec la bonne marche de l'administration ; il fallait que les deux conditions fussent remplies ; cumul d'ailleurs purement verbal : si une révélation compromet la bonne marche de l'administration, celle-ci a intérêt à s'en abstenir.

Cette notion d'entrave est, assurément, très extensible. Nul doute qu'elle ne puisse prêter à des abus.¹ Mais, à notre avis, on ne peut arguer valablement de la seule possibilité d'un abus. Il n'y a pas de faculté, de compétence dont on ne puisse abuser. La notion d'« intérêts généraux du pays » n'est pas moins souple, ni moins susceptible d'interprétations diverses. Personne n'en a déduit qu'il ne fallait pas habiliter l'administration à les apprécier. Du reste, le pays ne serait-il pas atteint dans ses « intérêts généraux » si elle était fortement entravée dans l'accomplissement de sa tâche ? Nous pensons que l'abandon du deuxième critère n'eût pas modifié la situation juridique.

Le Conseil fédéral assure, dans le message², que l'administration « sera aussi bienveillante que possible à l'égard des autorités judiciaires fédérales ou cantonales, car elle a elle-même le plus grand intérêt à ce que la justice suive son cours normal. Mais si les intérêts généraux de l'Etat et une marche régulière des affaires administratives l'exigent, la Confédération se verra dans le cas de veiller d'abord à ses propres intérêts. » Si les critères appliqués depuis 1911 n'avaient pas donné satisfaction, des griefs précis eussent été articulés au parlement lors de la discussion du statut. Ce n'a pas été le cas.

Deux conséquences négatives découlent de l'art. 28 al. 3 StF.

1. L'autorisation de déposer à la barre ne saurait être refusée pour des raisons qu'il n'indique point. Partant, l'intérêt des administrés ne joue aucun rôle, même dans les cas où c'est uniquement pour le protéger que les fonctionnaires sont astreints au mutisme. De tels secrets ne doivent donc pas être celés aux autorités judiciaires. Conséquence heureuse, les intérêts de la justice l'emportant toujours sur ceux des particuliers.

2. Contrairement à l'avis du Département de justice et police³, il n'y a pas à peser les intérêts en présence, c'est-à-dire le dommage qui menace soit la justice soit l'administration. Le législateur a limité les refus aux deux seules hypothèses de l'art. 28 al. 3⁴, afin que l'assistance juridique soit accordée

¹ Bull. st., CN 1912, p. 96.

² P. 106.

³ Dans une lettre du 26 novembre 1941 au Département des finances et des douanes.

⁴ Et nous avons vu qu'elles se ramènent à une seule, les intérêts du pays.

chaque fois qu'aucune d'elles n'est réalisée, sans égard pour la nature et l'importance de la cause instruite par le juge. Quand le bien public et les nécessités du service traversent la révélation, l'office compétent la refusera, si considérables que soient les intérêts des plaideurs. En revanche, lorsque les conditions de l'art. 28 al. 3 StF ne sont pas remplies, il n'a pas le droit d'exciper de son devoir de discrétion, en alléguant que le tribunal est saisi d'une bagatelle qui ne vaut pas la communication d'un secret. Il n'a donc pas à se demander si l'intérêt de la justice prime in casu les raisons d'observer le silence.

En usant d'une tournure restrictive : « ... l'autorisation ne peut être refusée que si... », les Chambres ont clairement marqué qu'elle devait en principe être accordée. L'assistance est la règle ; le maintien du secret, l'exception. L'administration doit seconder la justice dans toute la mesure possible. Lors donc que sa bonne marche serait sérieusement entravée non par la révélation en soi, mais par le mode d'information envisagé par le juge (par exemple si tout le personnel d'un service est assigné le même jour à son audience), elle doit non pas simplement rejeter la requête, mais chercher le moyen de renseigner le tribunal sans nuire à l'Etat ; elle s'avisera, en général, que la remise d'un rapport s'y prête parfaitement.¹ La demande d'entraide ne doit être déclinée que si les faits dont s'enquiert le tribunal sont strictement confidentiels, de sorte que leur révélation — quelle qu'en soit la forme — risquerait de porter atteinte à l'intérêt général ou au bon fonctionnement des services publics.

Bien que, selon les termes de l'art. 28 al. 1 StF, les principes posés au 3^e alinéa ne visent que la déposition en justice, ils s'appliquent par analogie chaque fois que la juridiction fait appel au concours de l'administration. Lors des débats, le parlement n'a pas dissocié la déposition à la barre des autres formes d'entraide ; des exemples cités à propos de l'art. 28 concernaient la production de pièces.² Mais surtout, on ne voit pas pourquoi l'exhibition de documents et, d'une manière générale, la fourniture de renseignements par écrit obéiraient à d'autres règles, d'autant moins — nous venons de le relever — que les divers modes d'assistance sont solidaires et peuvent se

¹ JAAC II N° 5.

² Bull. st., CE 1925, p. 250.

substituer les uns aux autres. Aussi ne partageons-nous pas l'opinion du Département de justice et police, qui, s'agissant de la production de pièces, se réfère non pas à l'art. 28 StF, mais à la circulaire de 1911, qu'il tient pour encore applicable.¹ Vu l'identité des principes, le résultat final est le même. Juridiquement, la situation serait plus nette s'il laissait la circulaire de côté.

Nous pensons, pour conclure, que le législateur a judicieusement résolu le problème.²

§ 6. La pratique des autorités administratives

Le droit public suisse d'Ullmer, *Le droit fédéral suisse* de Salis et de Burckhardt, les fascicules de jurisprudence des autorités administratives de la Confédération contiennent un certain nombre de décisions relatives à notre sujet. Nous en avons trouvé quelques autres aux archives et dans les dossiers qu'il nous a été permis de consulter. Dans l'ensemble, les matériaux sont rares. Et d'un maniement peu commode. Le plus souvent, nous ne possédons pas des données assez complètes pour vérifier le caractère confidentiel des faits dont la révélation était requise. Et quand cela serait possible, comment apprécier en toute connaissance de cause, plusieurs années ou décennies après, si tel refus se justifiait par les effets que la communication aurait eus sur les intérêts du pays ? C'est pourquoi, au lieu de rechercher si les décisions que nous résumerons sont fondées ou non — entreprise vaine — nous tenterons d'en extraire les principes appliqués et de les soumettre à un examen critique.

La plus ancienne date de 1882.³ Dans un procès en diffamation entre les vétérinaires F. et D.⁴, le tribunal de Berne invita le Département militaire fédéral à lui remettre des pièces concernant une affaire d'injures entre les parties. Le Conseil

¹ JAAC N° 5.

² A ceci près qu'il aurait pu s'abstenir de mentionner l'entrave à l'accomplissement de la tâche de l'administration.

³ Nous connaissons des cas antérieurs ; mais ils n'ont pas trait aux rapports de l'administration avec la justice.

⁴ Le directeur des archives nous ayant prié de ne pas nommer les intéressés, nous les désignerons par leurs initiales.

fédéral rejeta la requête pour les motifs suivants : du fait qu'une personne intéressée dans un procès d'injures prétend que des pièces adressées au gouvernement ou à d'autres autorités fédérales portent atteinte à son honneur, il ne suit nullement que le Conseil fédéral soit tenu de produire ces documents ou d'en divulguer le contenu, « d'autant moins que procéder différemment serait reconnaître à tout particulier le droit de disposer à son gré des archives de la Confédération, soit des documents qui s'y trouvent déposés ».

Bien qu'elle ne soit pas illégale, puisqu'aucune prescription ne réglait alors l'assistance juridique, cette décision laisse à désirer. Certes, le Conseil fédéral n'était pas obligé de fournir les actes requis et on comprend qu'il ne se résignât point à produire les originaux. L'administration ne peut se dessaisir de ses dossiers, même s'ils ne renferment rien de confidentiel, car elle peut en avoir besoin d'un moment à l'autre ; en les confiant aux tribunaux, elle compromettrait son fonctionnement. Même à propos d'affaires classées, il importe de conserver les archives complètes.¹ Aussi l'envoi de copies entre-t-il seul, en principe, en ligne de compte. Il s'agissait donc de savoir si les documents requis étaient confidentiels et, dans l'affirmative, si des intérêts dignes de protection s'opposaient à la remise de copies au tribunal. Telles étaient les questions à résoudre. Le Conseil fédéral ne les a pas examinées, se contentant d'avancer un motif manifestement boiteux. Il est clair qu'en agréant la requête, il n'eût pas préjugé la décision à prendre sur les requêtes futures, qu'il restait maître de refuser la production lorsqu'elle présenterait des inconvénients sérieux, bref, qu'une acceptation n'eût conféré aux administrés aucun droit sur les documents déposés aux archives.

Mais il fut si heureux de sa trouvaille qu'il usa maintes fois de la même formule. Elle figure, stéréotypée, dans les réponses données, notamment, en 1885 au tribunal de Pfäffikon dans un procès d'injures, en décembre 1888 au tribunal du district de Zurich dans le procès en diffamation intenté par S. à la *Zürcher Post*, le 10 juillet 1891 au juge d'instruction de Porrentruy, saisi par C. G. d'une plainte contre J. F. pour calomnies, le 5 février 1892 au président de la Cour d'assises bernoise dans un procès en diffamation pendant entre le co-

¹ Salis, op. cit., N° 233, ch. 3.

lonel K. et le journaliste D.¹ Aucune de ces réponses n'allègue le caractère confidentiel des documents requis ni un intérêt à sauvegarder — sauf celui des archives, que la délivrance de copies ne léserait en aucune mesure.

Il est toutefois arrivé, à cette époque, que le Conseil fédéral ait acquiescé à des requêtes analogues. Le 14 septembre 1884, il a consenti à produire plusieurs documents relatifs aux examens des recrues, que la Chambre criminelle du canton de Berne avait requis dans le procès de presse lié entre l'inspecteur scolaire W. et le rédacteur D. Il relève, en particulier, qu'à la différence de l'affaire de 1882, la réquisition avait été faite au nom des deux parties. Nous discuterons ce facteur plus loin.²

Dans le procès, déjà mentionné, qui mettait aux prises le colonel K. et le journaliste D., le président de la Cour d'assises avait requis, à la demande de l'accusé seulement, le dossier de l'enquête concernant les mauvais traitements infligés à des soldats, à Lugano, le 27 octobre 1890, ainsi que le dossier relatif aux perturbations du service postal et télégraphique, au Tessin, les 11 et 12 septembre 1890. Le Conseil fédéral décida, le 16 février 1892, d'y donner suite. Trois jours plus tard, il autorisait également la production, sollicitée dans les mêmes conditions, par la même autorité, de la plainte portée par Simen et consorts contre le gouvernement du Tessin pour violation de la constitution. Ici, deux remarques s'imposent :

a. Le Conseil fédéral n'a pas retenu le fait que la réquisition avait été formulée à la diligence d'une seule partie. Avec raison. Pourquoi n'en a-t-il pas fait de même en 1882 ? Quelles sont les considérations qui l'ont amené à recourir à ce critère, puis à l'abandonner ?

b. Quoiqu'il s'agît d'originaux appartenant aux archives, il n'a pas sorti son petit couplet sur les droits que des particuliers tireraient de la production.

Rien, dans ses décisions, n'explique ces différences de traitement. Exagérons-nous en taxant sa pratique d'arbitraire ? A tout le moins, il n'était pas admissible de refuser l'assistance dans des procès d'injures à raison de la nature de l'affaire.

¹ Cf. rapport de gestion du Conseil fédéral pour 1887, p. 175.

² P. 79.

Des intérêts légitimes peuvent aussi être engagés dans les causes de ce genre. L'administration doit se borner à rechercher si, en donnant les renseignements désirés, elle risque de gêner son fonctionnement ou de nuire à l'Etat. Si ce n'est pas le cas, elle doit déférer à la requête du juge, sans se soucier du procès dont il s'occupe.¹ Le Conseil fédéral a fini par en convenir. Ne déclare-t-il pas, dans la circulaire du 6 octobre 1911, qu'il « ne basera point sa décision sur l'importance ou la valeur intrinsèque de la cause » ?

En matière civile, la pratique de l'administration n'était pas beaucoup plus large ni, surtout, plus cohérente. Dans un procès intenté par Th. B. à F. W. touchant l'extinction d'un contrat de société, le Tribunal civil de Neuchâtel pria la Division des assurances d'exhiber les plaintes qu'elle avait reçues contre W. en sa qualité d'agent d'assurances. Le Département de l'industrie proposa de rejeter la requête, pour que les plaideurs ne pussent disposer librement des archives. Il signale que, d'après la pratique, une exception ne se légitime que lorsque le litige porte sur une convention conclue sous les auspices de l'administration², ce qui n'est pas le cas en l'occurrence. Les plaintes adressées à l'Office des assurances concernent uniquement l'activité de W. comme agent d'assurance ; elles n'influent pas sur le contrat passé avec le demandeur. Cette dernière remarque est déplacée. L'administration n'a pas à jauger l'intérêt que les pièces requises présentent pour le juge. Elle n'est d'ailleurs pas en mesure de le faire. Le Conseil fédéral se rallia néanmoins à la proposition, le 28 octobre 1893.

Actionnée par L. B., la maison Ch. & Cie, à Porrentruy, invoqua des lettres que le demandeur avait échangées avec le Commissariat fédéral des guerres. Le Département militaire fut d'accord de produire cette correspondance (septembre 1893).

Comment concilier ces deux décisions ? N'appert-il pas que l'administration n'avait pas moins de désinvolture en matière civile que pénale ?

L'affaire Bürgi exceptée, nous n'avons pas découvert, aux archives, de cas de comparution en justice. Salis³ expose qu'ils

¹ Dans ce sens, le rapport du Département du justice et police du 8 août 1911, p. 6.

² Rapport de gestion du Conseil fédéral pour 1887, p. 176.

³ Op. cit., N° 233, ch. 5.

sont régis par les mêmes « principes » ! Il ajoute que, selon une pratique constante, les inspecteurs fédéraux des fabriques ne peuvent être entendus en témoignage sur des faits constatés par eux dans leur qualité officielle et qu'on ne doit pas produire en justice les actes de dossiers administratifs touchant l'exécution de la LF. Cette pratique, difficilement justifiable, ne trouve aucun appui dans la loi alors en vigueur (du 23 mars 1877). Le Département de l'industrie a néanmoins tenté de l'expliquer par une lettre du 17 juillet 1891 relative à la citation d'un des inspecteurs des fabriques comme témoin dans un procès intenté à un industriel.¹ Nous sommes particulièrement heureux d'avoir exhumé cette perle de grand prix. Le Département a obtenu du tribunal le retrait de la citation, en lui représentant que : « L'inspecteur ne doit en effet pas être contraint à réitérer devant la Cour ses rapports officiels ; ceux-ci sont le résultat de ses recherches objectives et sont garantis par la responsabilité du fonctionnaire. Ce dernier court, en sa qualité de témoin, le risque d'être molesté par les interrogatoires des avocats et d'être poussé dans une position incompatible avec sa dignité ; en outre, les circonstances le feraient plus ou moins paraître comme un adversaire du fabricant mis en cause, situation qui ne pourrait que nuire au but poursuivi par l'inspectorat, qui est tenu de garder une attitude tout à fait neutre... ». *Mutatis mutandis*, de telles considérations aboutiraient, dans tous les cas, à refuser la permission de témoigner.

Actuellement, les inspecteurs des fabriques sont soumis au régime commun. L'art. 210 al. 3 de l'ordonnance d'exécution de la loi sur les fabriques dispose qu'ils ne peuvent figurer comme témoins dans des affaires de service qu'avec l'autorisation du département. Le chef de la section de la main-d'œuvre de l'Office de l'industrie, des arts et métiers et du travail nous a assuré que cette autorisation était libéralement octroyée.

La circulaire de 1911 a eu de bons effets. Depuis lors, les tribunaux sont plus efficacement secondés, les refus plus rares et mieux motivés. Quelques exemples l'illustreront.

Appelé à se prononcer sur une requête du ministère public zuricois relative à la remise de pièces concernant l'impôt sur les bénéfices de guerre et au témoignage d'un fonctionnaire de

¹ Commentaire de la LF, publié par le Département fédéral de l'industrie en 1900, p. 284.

l'Administration des contributions, le Département de justice et police opina dans un sens affirmatif, l'intérêt du particulier au maintien du secret fiscal devant céder le pas à l'intérêt supérieur de l'administration de la justice.¹

Contrairement au Département politique, il estima qu'il fallait permettre au procureur général du district de Zurich d'apprécier la véracité d'un employé de chancellerie congédié pour irrégularités, seul témoin à charge dans un procès pénal, en lui remettant le dossier de cet agent.²

Invoquant l'intérêt national, le Conseil fédéral a refusé de confier au Tribunal civil de Lucerne des documents échangés entre le service technique militaire et la fabrique de papier de Perlen.³ Ici les motifs sont un peu sommaires. Mais pouvait-il en dire davantage sans trahir le secret qu'il importait de garder ?

Il arrive parfois qu'une personne poursuivie pour contrebande porte plainte — son cas réglé — contre inconnu pour diffamation ou dénonciation calomnieuse et que le juge compétent invite l'administration des douanes à lui nommer le dénonciateur. Le Conseil fédéral a jugé qu'elle avait intérêt à taire ce nom et que cet intérêt ne devait s'effacer devant celui de la justice que si le dénonciateur avait fourni des renseignements qu'il savait inexacts ou commis une négligence grave.⁴ L'intérêt de la douane est patent ; mais il ne suffit pas. La communication du nom des dénonciateurs l'entraverait-elle fortement dans l'accomplissement de sa tâche ? Nous inclinons à le penser. Une de ses missions essentielles consiste à réfréner la contrebande. Son personnel ne lui permettant pas de dépister toutes les contraventions, elle ne peut se passer du concours d'informateurs bénévoles. Si elle devait les désigner, cette source de renseignements tarirait et plus nombreuses seraient les infractions impunies.

Sans doute y a-t-il encore des décisions rachitiques.

Dans un procès civil entre un particulier et une société d'épargne pour prêts de construction, le tribunal désirait con-

¹ Burckhardt, Droit fédéral suisse, N° 305 IV

² Op. cit., N° 305 VI.

³ Op. cit., N° 305 V.

⁴ Op. cit., N° 305 VII et VIII ; Revue trimestrielle de droit fiscal suisse, t. V p. 49.

naitre l'opinion d'un fonctionnaire du Département de justice et police sur les effets juridiques de la cession de certains contrats. Se fondant sur l'art. 28 StF, le Département refusa, le 17 mars 1938, l'autorisation de déposer. Voici ses motifs : N'ayant point participé à la cession litigieuse, N. ignore les faits. Aussi ne pourrait-il être entendu que sur des questions de droit. Si on le tolérât, d'autres fonctionnaires seraient aussi mandés à la barre pour donner des avis de droit. Car, si elle était concédée en l'espèce, la permission de déposer ne pourrait pas être refusée dans les cas analogues. Or, ce mode de faire entraverait grandement l'administration dans l'accomplissement de sa tâche.¹

Généralisée, il pourrait certes lui causer de sérieux désagréments. Mais la décision départementale n'en manque pas moins de base. Corollaire de l'art. 27, qui prescrit le secret administratif, l'art. 28 StF n'oblige les fonctionnaires à se pourvoir d'une autorisation que pour déposer sur des affaires de service confidentielles.² Sans doute n'en sont-ils pas exemptés pour comparaître en justice comme experts ; mais encore faut-il qu'ils déposent, en cette qualité, sur des constatations faites à titre officiel. Or, il ressort de la décision même du Département que l'agent cité devait non point dévoiler au tribunal des faits appris en vertu de sa charge, mais lui faire part de son opinion sur un point de droit. Par conséquent, il n'avait pas besoin de l'autorisation visée à l'art. 28 StF.³

Dans un procès en divorce, la Cour d'appel bernoise, sur requête de l'épouse, demanda à la Division du personnel des C. F. F. de produire toutes les pièces relatives à la mise à la retraite de l'autre partie, F. S. La Direction répondit négativement le 24 avril 1944. Elle expose que la production requise ne se concilierait pas avec les intérêts de la Confédération et entraverait sensiblement la bonne marche de l'administration. Les pièces concernant la mise à la retraite du demandeur contiennent des indications qui touchent de très près à sa situation

¹ JAAC XII No 27.

² Message, p. 103.

³ Il est loisible au Conseil fédéral, par une instruction spéciale, d'interdire les expertises judiciaires au personnel de la Confédération ou de les subordonner à une permission, qui ne devra pas être confondue avec celle de l'art. 28 StF.

personnelle ; aussi ne peuvent-elles être communiquées sans son assentiment.

Le tribunal de Kriens reçut, le 5 décembre 1944, une réponse semblable dans le procès en divorce de H. F. Il revint à la charge et, vu le consentement de l'agent, la Division du contentieux de la Direction générale produisit les pièces importantes pour le procès.

La Direction générale affirme que la production des dossiers personnels serait préjudiciable à l'administration. En quoi ? Elle ne le dit pas. Les C. F. F. pourraient être entravés dans leur fonctionnement si le recrutement du personnel devait souffrir de cette pratique. Pareille hypothèse n'est guère plausible. En subordonnant la remise de pièces personnelles au consentement de l'agent, les C. F. F. posent une exigence supplémentaire, donc illégale. Qu'elle réponde à des nécessités pratiques, nous ne le contestons pas. Les dossiers personnels signalent toutes les peines disciplinaires infligées aux agents, mais non les bons services rendus. Le plaideur qui obtient la production du dossier personnel de son adversaire s'assure ainsi un avantage. Le commun des mortels ignore que les meilleurs agents ont à leur passif maintes sanctions disciplinaires. Le juge risque d'en tirer des conclusions erronées. Aussi comprenons-nous que, dans l'intérêt de leurs agents, les C. F. F. se montrent circonspects en face de ses réquisitions. Quoique pertinentes, ces considérations ne les dispensent pas d'observer la loi. Si cette dernière ne réserve pas le consentement de l'agent, elle n'oblige pas non plus à donner suite aveuglément à la demande du juge. Il est loisible aux C. F. F. de se faire désigner les points que le dossier sollicité doit servir à élucider (art. 16 al. 2 du règlement II). Ces précisions permettront de limiter la production aux pièces vraiment utiles. Pourquoi l'office compétent n'y joindrait-il pas un rapport sur les mérites de l'agent ?

L'agriculteur Tr. avait reçu de la Confédération un prêt remboursable par acomptes, pour faire transformer son tacteur. Dans un procès contre la maison qui avait exécuté les travaux, il se proposait d'invoquer le témoignage d'experts de la Section de la production d'énergie et de chaleur. Si leur déposition lui était défavorable et qu'il perdît en conséquence son procès, on pouvait craindre — estima l'Office de guerre pour l'industrie et le travail (OGIT) — qu'il ne se tint pour délié de ses engagements envers la Confédération ; en permettant aux experts

de déposer, on risquait de compromettre notablement le remboursement du crédit. Aussi l'Office avisa-t-il Tr., en mars 1944, qu'il ne pouvait pas recommander au Département de l'économie publique de consentir à la déposition. Cette opinion — nous ne savons pas si le Département l'a suivie — est inadmissible. Mettre le veto à un témoignage en raison du préjudice financier qui pourrait en résulter pour la Confédération, c'est l'abus typique que les critères inscrits à l'art. 28 al. 3 StF avaient pour but de prévenir.

Le 25 novembre 1940, le juge d'instruction de Bienne pria le même office de lui remettre une copie de l'inventaire du stock de dame K. D. et consorts, dont il avait besoin dans une affaire de fraude à la saisie. Après avoir consulté la Division de justice, l'Office refusa. Il relève, dans sa réponse du 3 mars 1941, que d'après l'art. 10 al. 2 de la loi du 1^{er} avril 1938 tendant à assurer l'approvisionnement du pays en marchandises indispensables, les agents du contrôle sont tous tenus, par leurs fonctions, de garder le secret sur leurs constatations et observations, et ne sont autorisés à fournir des renseignements « qu'aux services compétents », c'est-à-dire aux services de l'économie de guerre. La discrétion requise de ces agents est le corollaire de l'obligation imposée aux administrés de porter des faits strictement confidentiels à la connaissance de l'autorité. Le commerce et l'industrie n'ont accepté de collaborer à la préparation de l'économie de guerre qu'à la condition que les indications fournies ne seraient pas ébruitées. L'intérêt national exigeait que les autorités connussent exactement la capacité de production des entreprises et le volume des réserves. C'est pourquoi on institua l'obligation de les en instruire, mais en garantissant aux assujettis que leurs informations ne serviraient pas à d'autres fins. La loi du 1^{er} avril 1938 va donc plus loin que l'art. 28 StF. Les offices n'ont pas à rechercher dans chaque cas si l'assistance juridique peut être accordée ou non. Ils doivent cacher les données obtenues non seulement aux tribunaux, mais aussi aux organes de l'administration étrangers à l'économie de guerre.

Nous ne partageons pas cet avis. On ne trouve rien, ni dans le message du 9 novembre 1937 ni dans les délibérations parlementaires, qui signifie que l'art. 10 de la loi du 1^{er} avril 1938 déroge aux principes énoncés dans le statut. Sans doute par « services compétents » faut-il entendre non pas même tous les bureaux de l'économie de guerre, mais ceux seulement qui ont

ordonné l'enquête. Mais cette disposition ne vise que les agents du contrôle. L'art. 27 StF n'interdisant pas de révéler des affaires confidentielles à des fonctionnaires d'autres services qui justifient d'un intérêt¹, on aurait pu se demander si ces agents avaient le droit de faire part de leurs observations, par exemple, à des collègues ou à des employés de l'Administration des contributions. L'art. 10, qui renforce à leur égard la règle du silence, répond négativement. Il ne leur permet de renseigner que le service dont ils relèvent. Mais il ne défend pas à ce service de seconder les tribunaux dans les limites de l'art. 28 al. 3 StF. Il est vrai que, selon l'art. 5 de la 1^{re} ordonnance d'exécution du 30 décembre 1938, les renseignements fournis « ne sont destinés qu'aux organes d'exécution qui en ont besoin, dans l'exercice de leurs fonctions, pour assurer, en période de blocus ou en temps de guerre, l'approvisionnement de la population et de l'armée en marchandises indispensables. Communication doit en être refusée, notamment, aux services de l'Administration des douanes, ainsi qu'aux autorités fiscales de la Confédération, des cantons et des communes ». Ce texte, que l'OGIT n'a pas invoqué, n'exclut-il pas toute entraide juridique, les tribunaux n'ayant pas besoin de ces renseignements pour assurer l'approvisionnement du pays ? Il se peut ; mais, dans cette mesure, il n'est pas légal. La loi de 1938 a soumis les agents du contrôle à un régime particulier en matière de secret administratif, mais sans rompre avec les principes consacrés par l'art. 28 al. 3 StF. Elle n'a pas permis au Conseil fédéral d'aller encore plus loin en ce qui concerne d'autres organes exécutifs et d'éliminer toute possibilité de témoigner en justice. La dernière phrase de l'article cité montre d'ailleurs que le gouvernement voulait surtout empêcher que les données recueillies ne fussent révélées au fisc ; c'est sur ce point, en effet, qu'il s'agissait de tranquilliser industriels et commerçants. Nous en concluons que les organes de l'économie de guerre étaient aussi astreints, en règle générale, à renseigner les tribunaux, dans le cadre de l'entraide, sur les faits appris en vertu de la loi du 1^{er} avril 1938. Nous ne sommes pas en mesure d'apprécier si, en l'occurrence, il eût été contraire au bien commun ou aux nécessités du service de remettre l'inventaire sollicité au juge d'instruction de Bienne. Aussi bien tenions-nous seulement à réfuter l'argumentation de l'OGIT.

¹ Cf. *infra*, p. 91.

Qu'on ne déduise pas de ces derniers exemples que les intérêts de l'administration et ceux de la justice se heurtent constamment. Le Département du justice et police déclare¹ que les collisions sont très rares. Le plus souvent, il s'agit de prétendus conflits. D'ordinaire, les choses se passent comme suit : un fonctionnaire est assigné comme témoin, à la diligence d'une partie. L'autorité supérieure demande au tribunal de lui indiquer l'objet du litige et les points à élucider par le témoin. Il s'avère alors fréquemment soit que l'administration ne sait rien de pertinent, soit que le fonctionnaire n'est pas au courant de l'affaire, soit que les renseignements sollicités peuvent être fournis plus simplement par un rapport ou par la production de quelques copies, soit encore que l'agent à même d'éclairer le tribunal n'est pas celui qui a été mandé. Le département pré-nommé a toujours soutenu que l'administration est sérieusement entravée dans l'accomplissement de sa tâche quand des fonctionnaires comparaissent ou que des dossiers circulent sans nécessité. Bien des conflits se résorbent d'eux-mêmes : le tribunal renonce aux preuves offertes ; l'audition de témoins apparaît superflue. Les collisions réelles ne représentent pas dix pour cent des demandes d'assistance. Les cas dans lesquels la justice a été notablement gênée par un veto de l'administration sont très peu nombreux.² Les véritables conflits surgissent en général à l'occasion de procès intentés dans le dessein d'arracher un secret à l'administration. Il en est ainsi notamment dans les affaires de police des étrangers ou de naturalisation. L'étranger à qui la décision ne convient pas présume que l'autorité possède de mauvais renseignements à son sujet et agit contre l'informateur supposé par une plainte en diffamation. Il escompte que l'administration devra dévoiler l'informateur et les informations. Le Département estime qu'en pareil cas l'administration a le droit de ne pas céder.

Pour clore ce paragraphe, nous le condenserons en quelques règles :

— L'administration n'a pas à peser les intérêts en présence ; elle doit se contenter d'appliquer les critères figurant à l'art. 28 al. 3 StF.

¹ Dans une lettre du 26 novembre 1941 au Département des finances et des douanes concernant la motion Walder, citée ci-dessus p. 67.

² C'est toujours le Département qui parle.

— Par conséquent, elle n'a pas le droit de refuser son assistance en raison de la nature ou de l'insignifiance du procès ;
pour ménager des intérêts privés ;
pour dissimuler une erreur qu'elle a commise ;
pour préserver la Confédération d'un dommage pécuniaire ;
parce que le témoin n'aurait à répondre qu'à des questions de droit ;¹
parce que la réquisition n'est faite qu'à la demande d'une des parties.

— Lorsque seul le mode d'assistance envisagé par le juge présente des inconvénients, elle doit lui en substituer un autre.

§ 7. Champ d'application de l'art. 28 StF

Nous connaissons les principes qui régissent l'aide à la juridiction² et l'usage qu'en font les autorités administratives.³ Nous ne savons pas encore quand ils s'appliquent. La déposition du fonctionnaire à la barre soulève deux questions : 1. Quels sont les faits qu'il ne doit pas révéler sans permission ; 2. La qualité en laquelle il comparait joue-t-elle un rôle ?

I. La première question semble oiseuse. N'est-il pas évident que les principes décrits au § 5 s'appliquent aux affaires confidentielles au sens de l'art. 27 StF ? On ne comprendrait pas, *a priori*, qu'un fonctionnaire puisse déposer librement sur des faits secrets ou que, au rebours, il ait besoin d'une autorisation pour déposer sur des faits qu'il n'est pas tenu de taire. C'est pourtant à cet illogisme que mène une interprétation littérale de l'art. 28 al. 1 StF.

A. L'agent doit quérir une permission pour déposer en justice « sur les constatations se rapportant à ses obligations et qu'il a faites en raison de ses fonctions ou de l'accomplissement de son

¹ La faculté de s'opposer à une déposition de ce genre en vertu d'autres normes est évidemment réservée. Ainsi, l'art. 216 al. 2 de la LF interdit aux inspecteurs d'exercer les fonctions d'expert judiciaire.

² § 5 ci-dessus.

³ § 6 ci-dessus.

service. Les termes « se rapportant à ses obligations » ont été ajoutés par les Chambres, sur la suggestion d'un député, qui fit observer que, d'après le projet, un garde-frontière devrait solliciter une autorisation pour déposer sur un délit étranger à ses fonctions, dont il aurait été le témoin au cours d'une ronde.¹ Ce serait, certes, excessif. Mais l'incidente insérée par le parlement dépasse le but visé. Elle affranchit l'agent de la formalité instituée par l'art. 28 StF même lorsqu'il doit témoigner sur certaines affaires confidentielles. Nous avons vu que l'art. 27 lui ferme la bouche sur tous les faits qui viennent officiellement à sa connaissance, même s'ils ne rentrent pas dans ses attributions, telles les affaires relevant d'un autre département qui lui sont dévoilées lors d'une conférence de service. Comme elles ne se rapportent pas à ses obligations, il aurait la faculté de les communiquer *de plano* à la barre, tandis que les employés du département compétent seraient bridés par l'art. 28. Cette anomalie n'a pas échappé à M. Grisel. Il estime que le texte adopté protège insuffisamment les intérêts de l'administration et qu'il eût convenu de remplacer l'expression « se rapportant à ses obligations » par des termes de sens plus étendu, par exemple : « intéressant l'administration »². Il y aurait eu un moyen encore plus simple de sauvegarder ses intérêts, sans obliger les fonctionnaires à se munir d'une autorisation pour témoigner sur des faits non confidentiels : biffer, à l'art. 28 al. 1, les mots « ou dans l'accomplissement de son service ». En effet, c'est en vertu de ce membre de phrase, déjà critiqué³, qu'un douanier eût été tenu, selon le projet, de demander à ses supérieurs la permission de déposer sur un délit de droit commun aperçu au cours de sa tournée.

B. Le gouvernement — on s'en souvient — voulait interdire la divulgation de toutes les affaires de service (art. 26 du projet).⁴ Mais, jugeant cette disposition draconienne et, partant, inapplicable, l'Assemblée fédérale limita la règle du silence aux affaires de service « qui doivent rester secrètes en vertu

¹ Bull. st., CN 1926 p. 304. Remarquons, d'ailleurs, qu'une telle constatation n'est pas confidentielle, cf. *supra*, p. 21s.

² Op. cit., p. 91.

³ Cf. *supra*, p. 16.

⁴ Cf. *supra*, p. 20.

de leur nature ou d'instructions spéciales », soit aux faits que l'agent apprend en sa qualité officielle et dont la publication risquerait de nuire à l'Etat ou, dans certains cas, à des administrés. Or la restriction introduite par les mots « qui doivent rester secrètes, etc. » ne figure pas à l'art. 28, qui a ainsi une portée plus vaste que l'art. 27. Le législateur a oublié de les harmoniser, de sorte qu'un fonctionnaire devrait demander la permission de témoigner sur des faits non confidentiels. Un exemple éclairera ce paradoxe. L'enregistreur d'une section a calculé que les nouvelles affaires avaient été moins nombreuses le premier trimestre de cette année que la période correspondante de l'année passée. Quoiqu'il l'ait faite officiellement, cette constatation n'est pas secrète au sens de l'art. 27 StF. Il pourra donc en parler à qui il voudra. Mais, comme elle se rapporte à ses obligations, l'art. 28 lui interdit d'en instruire un juge sans le congé de ses chefs. N'est-ce pas un non-sens ? Il incombe à la pratique de corriger l'inadvertance des Chambres et d'appliquer cet article conformément à sa destination : assouplir le devoir de discrétion en faveur de la justice, afin que des faits secrets puissent être néanmoins révélés aux tribunaux.

C. Pour éviter les dissonances indiquées sous litt. A et B, il eût suffi, à l'art. 28, de se référer à l'art. 27 StF, en disant par exemple : le fonctionnaire ne peut déposer en justice sur des affaires secrètes en vertu de l'art. 27 qu'avec l'autorisation de l'office compétent.

II. D'après la circulaire de 1911, seuls les fonctionnaires cités pour être entendus comme *témoins* devaient se pourvoir d'une autorisation. La loi du 30 juin 1927 ne distingue pas selon la qualité en laquelle ils comparaissent. Avec raison. Si je nuis au pays en dévoilant, en tant que témoin, tel secret d'Etat, la même déclaration faite à titre d'expert ou de partie ne sera pas moins pernicieuse.

Lorsque l'agent voudrait, comme partie, révéler au tribunal des faits confidentiels, son intérêt privé affronte celui de l'Etat. Le conflit est particulièrement aigu si la Confédération est son adversaire. Certains auteurs estiment que, dans cette dernière éventualité, il peut se prévaloir, sans autorisation, des faits parvenus officiellement à sa connaissance ; à leur avis, il serait contradictoire d'actionner un fonctionnaire en raison de sa charge

et de l'empêcher de se défendre.¹ Cette exception ne trouve aucun appui en droit fédéral. Même s'il plaide contre la Confédération et que d'importants intérêts personnels soient en jeu, l'agent n'est pas libéré de la formalité prévue à l'art. 28.² Si l'autorisation lui est refusée, il préférera peut-être passer outre, pour accroître ses chances de gagner le procès, quitte à s'exposer à des poursuites pénales³ et, s'il est encore en service⁴, à des sanctions disciplinaires. Il n'est d'ailleurs nullement certain que la défense de déposer compromette sa cause.

§ 8. Effets de l'autorisation de déposer en justice

En général, une autorisation lève une prohibition. Elle confère une faculté. Libre à son bénéficiaire d'en user ou non.⁵ En est-il de même ici ? L'employé habilité à déposer peut-il se retrancher néanmoins derrière l'art. 27 StF ? La permission l'a délié du secret administratif à l'égard d'une autorité judiciaire et en ce qui concerne les points sur lesquels elle porte. Dès ce moment, il tombe sous le coup des règles de procédure touchant l'obligation de témoigner. Il ne peut plus invoquer le secret. L'autorisation a suffi à renverser l'obstacle à la déposition. La volonté, le consentement de l'agent sont indifférents. S'il refuse de répondre aux questions du juge — dans les limites de l'autorisation — il est passible des sanctions encourues par les témoins récalcitrants. Il va sans dire que, l'autorisation pouvant être restreinte, le devoir de rester muet reprend vie si le juge l'interroge sur d'autres points.

En vérité, on ne conçoit guère qu'un fonctionnaire dûment autorisé s'obstine à garder le silence. L'hypothèse inverse est plus vraisemblable. Soit qu'il ignore la procédure d'autorisation, soit qu'il estime de son devoir de braver un refus qu'il tient

¹ Otto Mayer (à ne pas confondre avec le célèbre professeur de Leipzig), *Das Amtsgeheimnis*, p. 34 s.

² Dans ce sens, pour le droit allemand, van Calker, *op. cit.*, p. 162.

³ A supposer que son patrimoine ou son honneur soit menacé, est-il fondé à invoquer l'état de nécessité ? Nous ne le croyons pas. Tenu par l'art. 22 StF de s'abstenir de tout ce qui porte atteinte aux intérêts de la Confédération, il doit consentir, le cas échéant, au sacrifice de ses propres intérêts, de sorte que la condition énoncée à l'art. 34 al. 1 CP n'est pas remplie ; cf. Logoz, *Commentaire du code pénal suisse*, p. 141, i. f.

⁴ A propos de cette condition, cf. *infra*, p. 127 s.

⁵ Ruck, *Verwaltungsrecht*, p. 71 ; Fleiner, *Institutionen*, p. 405 s.

pour injustifié, un fonctionnaire s'apprête à déposer sur des faits confidentiels. Le juge doit-il recevoir sa déposition ?¹ L'art. 28 StF ne le dit pas. M. Neumann², qui ne motive pas son opinion, soutient qu'il doit refuser de l'entendre. D'après M. Stalder³, qui la partage, l'art. 28 est aussi obligatoire pour le juge ; si on l'interprète en recourant à la circulaire de 1911, on arrive à la conclusion qu'un fonctionnaire ne doit pas être entendu sans la permission de l'office compétent.

Assurément, le droit fédéral ne veut pas qu'un employé dépose en justice sans l'assentiment de ses supérieurs. Il aurait pu interdire aux autorités judiciaires de la Confédération et des cantons d'entendre sur des affaires de service confidentielles des agents non autorisés. Il ne l'a pas fait. L'injonction de l'art. 28 ne s'adresse qu'aux fonctionnaires. D'une interdiction qui les regarde, nous ne voyons pas la possibilité de tirer une règle pour les tribunaux. Dès lors, à défaut d'une disposition expresse, la thèse de Neumann et de Stalder s'écroule, à moins qu'elle ne puisse s'accrocher à un principe général. Auquel ? Au principe de la séparation des pouvoirs ou de la suprématie de l'Etat central ? Le premier interdit au juge fédéral, le second au juge cantonal d'intimer des ordres à l'administration fédérale. Ils ne leur permettent pas d'exiger qu'elle leur livre ses secrets. Mais ils ne leur défendent pas de consentir à une révélation spontanée. La question relève donc du droit de procédure. Excluent le témoignage des fonctionnaires sur des faits confidentiels, les art. 78 PPF, 188 al. 2 CPC vaudois, 207 CPP valaisan. La plupart des procédures qui donnent aux fonctionnaires la faculté de refuser leur témoignage sur des affaires de service ne mettent pas obstacle à ce qu'ils déposent, s'ils le jugent bon (art. 29 al. 3 du règlement de procédure pour les actions en revendication de biens enlevés dans les territoires occupés pendant la guerre ; art. 246 CPC et 141 ch. 4 CPP bernois ; 222 litt. c. CPC et 147 ch. 2 CPP neuchâtelois ; 227 LPC genevoise ; 21 ch. 10 CPP fribourgeois ; 216 ch. 2 CPC valaisan ; 226 CPP vaudois). Certes, les

¹ Sans doute s'agit-il non plus d'un effet de l'autorisation, mais d'une conséquence du défaut d'autorisation. Cette hypothèse étant étroitement liée à la précédente, il nous paraît expédient de l'examiner ici.

² Grenzen der Zeugnispflicht im Strafprozess, p. 68.

³ Die Ausnahmen von der Zeugnispflicht im bernischen Strafverfahren, p. 79.

magistrats qui accueillent un témoignage dans ces conditions souffrent que l'agent fasse fi d'un devoir de service et enfreigne l'art. 320 CP. S'ils ne s'y prêtaient pas, ces manquements ne seraient pas possibles. C'est pourquoi nous reconnaissons que, de *lege ferenda*, la solution à laquelle nous arrivons laisse à désirer. En abandonnant la question aux lois de procédure, le législateur fédéral ne s'est guère soucié de logique.

§ 9. La procédure

Deux questions nous retiendront encore :

1. A quel organe appartient-il de statuer sur la demande d'autorisation ? 2. Dans quelle forme cette dernière doit-elle être requise et octroyée ?

I. Selon l'art. 20 al. 3 du règlement des fonctionnaires I du 24 octobre 1930, la permission de déposer est accordée par les départements ; les directions générales des douanes, des postes et des télégraphes sont compétentes à l'égard du personnel qu'elles ont nommé. Pour les agents des CFF, elle est accordée, suivant la nature de l'affaire, par la division du contentieux de la Direction générale ou par les sections du contentieux des arrondissements.¹

Cette compétence peut-elle être déléguée ? L'art. 23 révisé OAF, aux termes duquel le Conseil fédéral peut charger des « instances » subordonnées de régler des affaires, ne concerne pas la sous-délégation. Théoriquement, on peut discuter sa légalité. Nous pensons toutefois que, répondant à un besoin et consacrée par la pratique, elle est chez nous de droit coutumier.² Aussi estimons-nous que les autorités visées par l'article 20 al. 3 du règlement I peuvent s'en remettre à des services inférieurs du soin d'autoriser leur personnel à témoigner. A notre connaissance, les départements n'ont pas usé de cette faculté. Bien entendu, le recours hiérarchique est réservé.

Une question spéciale se pose à propos des CFF. D'après l'art. 7 de l'ordonnance du 11 novembre 1925 sur la procédure à suivre en cas d'atteinte à la sécurité des chemins de fer et de la navigation ou d'accidents survenus au cours de l'exploitation, l'autorité cantonale compétente doit immédiatement enquêter aux fins de constater les faits et de réunir les moyens

¹ Ch. 17 du règlement du 19 juillet 1946.

² Cf. JAAC IV N° 19.

de preuve ; « les personnes intéressées seront entendues ». Lorsque l'accident s'est produit sur une ligne des CFF, des fonctionnaires fédéraux figurent en général parmi les personnes intéressées. Comment accorder cette prescription, qui implique l'obligation de déposer, avec l'art. 28 StF ? Dispense-t-elle de solliciter l'autorisation qu'il prévoit ?

La Direction générale des CFF a soutenu¹ que, prescrite par une ordonnance gouvernementale, l'audition de ses agents ne saurait dépendre d'une permission et que l'observation de l'article 28 StF entraverait l'enquête. Cette dernière remarque est certainement fondée. Mais, datant de 1925, l'ordonnance en question est antérieure à la *loi* qui subordonne la déposition à un congé. Celui-ci est donc nécessaire. Quant aux besoins de l'enquête, il est possible d'en tenir compte en mettant le personnel des CFF au bénéfice d'une autorisation générale de déposer dans les cas visés par l'ordonnance. L'art. 28 StF, en effet, ne s'oppose pas à ce mode de faire.² Telle est la solution adoptée par le ch. 19 du règlement du 19 juillet 1946.³

II. L'agent assigné à déposer sur des affaires de service confidentielles doit demander l'autorisation à son chef immédiat, qui transmet la requête par la voie du service (art. 20 al. 1 du règlement I, art. 16 al. 1 du règlement II). Suivant l'art. 28 StF et les prescriptions d'exécution, la requête n'est soumise à aucune forme. Il en est de même de l'autorisation. Elle peut donc être octroyée oralement.

L'art. 320 CP n'a-t-il pas modifié la situation ? D'après son chiffre 2, la révélation, pour n'être pas punissable, doit avoir été faite avec le consentement écrit de l'autorité supérieure. S'ensuit-il que l'employé qui dépose sur la foi d'une permission verbale contrevient à l'art. 320 CP ? Les autres dérogations à la règle du silence (sections II à IV) posant une question semblable, nous renvoyons l'examen du problème à la section V.⁴

¹ Lettre de la division du contentieux du 11 mai 1936 à l'Office du personnel.

² Cf. règlement I, art. 20 al. 2 ; règlement II, art. 16 al. 2 ; JAAC X No 22.

³ C'est à tort, en revanche, que la communication générale de service du 27 janvier 1937 — maintenant abrogée — déclarait l'art. 28 StF inapplicable aux cas où le personnel est cité en justice en vertu de l'ordonnance du 11 novembre 1925.

⁴ Cf. *infra*, p. 120.

SECTION II

Communication de renseignements à d'autres fonctionnaires fédéraux

Parmi les dispositions — ou les considérations — en vertu desquelles un fonctionnaire peut être appelé à confier un secret à d'autres agents de la Confédération, il convient de mentionner spécialement — en raison de leur importance et des discussions qu'elles ont suscitées — celles qui ont trait à la dénonciation obligatoire. Aussi diviserons-nous cette section en deux paragraphes, consacrés, l'un à la révélation de secrets en général, l'autre à l'obligation de dénoncer. Cette division se justifie pratiquement.

§ 1. En général

Quelques auteurs professent que le secret administratif doit être respecté envers tout tiers, c'est-à-dire toute personne étrangère au corps des fonctionnaires. Ils ajoutent, cependant, que, dans les rapports entre fonctionnaires, une certaine discrétion est aussi de rigueur.¹ Dans quelles limites ? Ils ne le disent pas. Si l'on veut tenter de les préciser, il faut distinguer selon que les renseignements confidentiels sont donnés à des agents d'autres services, à des collègues ou à des supérieurs.

I. Dans les rapports entre employés de services différents, le problème des dérogations au secret administratif ne se pose que si ces agents ont le droit de représenter leur service. Sa qualité de fonctionnaire fédéral n'habilite évidemment pas un facteur à exiger que le Département politique l'instruise de négociations internationales. Seules les relations officielles des services entrent ici en ligne de compte. Tel fonctionnaire a-t-il la compétence de traiter avec un autre service ? La question doit être résolue *in concreto*. L'art. 38 OAF autorise les chefs de service à se mettre directement en relation avec les autres services fédéraux pour les affaires de leur compétence. On rencontre quelques chefs de service qui, jaloux de leurs prérogatives, ne souffrent pas que des subordonnés prennent contact avec d'autres bureaux. Toutefois, la plupart admettent, expressément ou taci-

¹ Fisch, op. cit., p. 117 ; Zürcher, op. cit., p. 11 ; Köstler, op. cit., p. 362.

tement, que leurs collaborateurs s'abouchent avec d'autres services pour régler les affaires dont ils sont chargés.

Préparant une décision sur une requête de la maison V., un fonctionnaire de la Division de justice s'enquiert téléphoniquement à son sujet auprès de B., secrétaire à l'Office vétérinaire, qui a déjà eu affaire avec elle. Les renseignements demandés sont confidentiels. Que doit faire B. ? ¹

Les secrets dont un office est dépositaire appartiennent à la Confédération. Ne doit-elle pas pouvoir les utiliser chaque fois qu'elle en a besoin ? ² Destinée à lui faciliter l'exécution de ses multiples tâches, la constitution de nombreux offices ne saurait aboutir à cette absurdité d'ignorer dans une affaire ce qu'elle sait dans une autre. Il n'est pas admissible que, formant les parties d'un tout, ses services se comportent en sujets de droit indépendants et agissent dans leurs rapports mutuels comme s'ils avaient affaire à des tiers ³ ou comme si des cloisons étanches les séparaient. La logique exige, au contraire, qu'ils s'abstiennent d'invoquer l'art. 27 StF et ne cachent pas les faits confidentiels qu'il importe à l'un d'eux de connaître dans l'accomplissement de sa mission. ⁴

Cette règle doit toutefois être mitigée. Il peut arriver que la transmission de renseignements confidentiels présente à la fois des avantages pour le service qui les sollicite et des inconvénients pour celui qui est invité à les fournir. Il s'agit alors de décider lesquels prévaudront. Faute d'accord entre les chefs de ces services, la contestation pourra être déferée à leurs supérieurs. Au besoin, le Conseil fédéral statuera.

Parfois, l'obligation de garder le secret même envers des bureaux fédéraux résulte de prescriptions spéciales ⁵, voire d'un engagement volontaire. Certaines administrations promettent, en effet, aux administrés de garder pour elles les informations qu'ils leur procurent. Ainsi le Bureau de statistique, dont les question-

¹ Juridiquement, la situation serait la même si la Division de justice demandait les renseignements par une lettre signée de son directeur.

² C'est l'avis d'Esslinger, d'après qui une autorité peut même en renseigner une autre spontanément, *op. cit.*, p. 185.

³ Les autres branches de l'administration fédérale sont en général des tiers à l'égard du détenteur d'un secret postal ; cf. Spitzer, *op. cit.*, p. 89.

⁴ Nous doutons même que la personnalité juridique dont sont doués quelques services (par ex. la régie des alcools) motive une exception.

⁵ Cf. *infra*, p. 97 n. 2.

naires spécifient que les réponses reçues ne serviront qu'à des fins statistiques.¹

En général, c'est à chaque fonctionnaire autorisé, en principe, à donner des renseignements sur les affaires de son ressort, de discerner les secrets dont la révélation à un autre service risque de compromettre les intérêts de la Confédération. Le contenu du secret bannit souvent toute hésitation. Un plan militaire ou un projet de traité de commerce sera évidemment manié avec plus de précautions, même dans les rapports internes, que la requête d'un charcutier en augmentation de son contingent de porcs. Un avis de droit de la Division de justice concrétisera mieux le problème.

L'Administration des contributions avait prié le Service du contrôle des prix de lui indiquer le coût des matières premières employées dans la fabrication des allumettes. La Division estima que cette demande ne saurait être agréée.² Elle invoque d'abord l'art. 109 de l'arrêté du Conseil fédéral du 19 janvier 1934 sur la contribution de crise, aux termes duquel les administrations publiques doivent, même si elles sont astreintes au secret, fournir gratuitement aux autorités fiscales tous renseignements utiles tirés des registres officiels. Il est, certes, constant que le coût des matières en question n'était inscrit dans aucun registre public. Mais nous inclinons à penser que, les services fédéraux étant en principe tenus de se renseigner³, l'article cité visait non pas à restreindre cette obligation, mais à la créer, dans certaines limites, là où elle n'existait pas encore : entre autorités cantonales et fédérales. La Division écrit ensuite : « La surveillance des prix révèle forcément aux agents qui en sont chargés tous les facteurs déterminants pour la formation des prix. Les commerçants doivent pouvoir être certains que les constatations faites par ces agents relativement à leurs affaires serviront uniquement au contrôle des prix, à l'exclusion de toutes autres fins (y compris les buts fiscaux). » Bien que cette sollicitude pour les commerçants émeuve, nous croyons qu'il aurait mieux valu se soucier davantage des intérêts de la Confédération, auxquels

¹ Et qui, jusqu'ici, s'est refusé à en donner connaissance à l'Administration fédérale des contributions, au mépris d'arrêtés formels du Conseil fédéral !

² JAAC XI, No 22.

³ Cf. *infra*, p. 91.

la Division ne fait pas la moindre allusion. Au vrai, peut-être importait-il, en effet, que des secrets d'affaires ne parvinssent pas à la connaissance du fisc ; mais dans la seule hypothèse où ils auraient été confiés aux agents du contrôle des prix par les intéressés ; en les révélant à l'Administration des contributions, cet organe se fût probablement paralysé, car l'exactitude des chiffres qu'on lui communique est influencée par la perspective qu'ils resteront ou ne resteront pas ignorés du fisc. En revanche, si le contrôle des prix établissait lui-même, par des enquêtes sur place, « les facteurs déterminants pour la formation des prix », il n'y avait aucune raison de les celer à l'Administration des contributions.¹ Or, la Division de justice a omis de distinguer entre ces deux hypothèses, de sorte que sa consultation propage l'idée fausse qu'un intérêt purement privé peut justifier une exception à la règle selon laquelle le secret administratif ne doit pas entraver les relations internes.²

Ce conflit date de 1937. L'économie de guerre en a suscité plusieurs. D'une part, avec les offices que ses organes questionnaient ; d'autre part, avec l'Administration des contributions, très désireuse de puiser aussi dans cette nouvelle source de renseignements.³ Les CFF furent sans doute la branche de l'administration la plus souvent appelée à satisfaire la curiosité, d'ailleurs légitime, des offices de guerre. En général, ils n'ont point marchandé leur concours. Il vaut néanmoins la peine d'examiner les dispositions et les arguments qui furent avancés pour vaincre leurs hésitations. Selon l'art. 3 de l'ordonnance du Département de l'économie publique du 14 novembre 1940 concernant les recherches de la police judiciaire en cas d'infractions aux dispositions de l'économie de guerre, chacun est tenu de fournir des renseignements aux organismes de la Confédération chargés d'enquêter. Aussi les CFF consentirent-ils volontiers que, sous certaines conditions, les fonctionnaires des gares renseignent les inspecteurs du dit département commis à des enquêtes pénales. En revanche, ils se cabrèrent lorsque des fonctionnaires de l'économie de guerre émirent la prétention

¹ Cf. *supra*, p. 25.

² Rappelons que nous ne visons que les relations entre fonctionnaires autorisés (cf. *supra*, p. 90).

³ Le Conseil fédéral a fini par donner raison au fisc ; voir les arrêtés mentionnés à la p. 96 s.

d'interroger des cheminots et de pénétrer dans les locaux d'exploitation en vue de contrôles administratifs. Les offices de guerre s'étaient aperçus que des quantités considérables de marchandises échappaient à leurs mesures ; il s'agissait de les dépister. La plupart des ordonnances du Département habilitaient les agents du contrôle à entrer dans les ateliers, magasins et autres locaux des entreprises et obligeaient « chacun » à leur fournir tous renseignements utiles. La Direction générale objecta que l'art. 2 de l'arrêté du Conseil fédéral du 25 juin 1940 tendant à assurer l'approvisionnement de la population et de l'armée en matières premières pour l'industrie et en produits mi-fabriqués ou fabriqués, sur lequel prenaient pied toute une série de ces ordonnances, n'autorisait le Département à faire procéder aux contrôles nécessaires que chez ceux qui « produisent, transforment, achètent et vendent ou consomment » de tels produits et matières ; que cette disposition ne mentionnait ni les transporteurs ni les entrepositaires et qu'en l'absence d'une base légale indiscutable, elle préférerait ne pas s'exposer à des réclamations. Le Département rétorqua, entre autres, que le mandat de veiller à l'exécution d'une loi emporte le pouvoir d'ordonner ou d'opérer les enquêtes qui s'imposent ; si l'art. 2 de l'arrêté n'existait pas, la compétence du Département et de l'OGIT d'enquêter dans les entreprises de transport et les entrepôts résulterait des art. 1¹ et 7² ; or il n'y a aucune raison de penser qu'en adoptant l'art. 2 le Conseil fédéral ait voulu restreindre cette compétence ; il n'y a pas indiqué les transporteurs et les entrepositaires, estimant qu'il suffisait de viser les propriétaires de la marchandise. « Il lui paraissait aller de soi qu'un propriétaire ne pourrait pas se dérober à un contrôle en confiant des marchandises à un tiers. Si les autorités s'inclinaient devant un tel stratagème, les nombreuses ordonnances fondées sur l'arrêté précité — elles touchent un des secteurs les plus

¹ « Le département de l'économie publique est autorisé à édicter des prescriptions tendant à assurer l'approvisionnement de la population et de l'armée en matières premières pour l'industrie et en produits mi-fabriqués ou fabriqués ; ces prescriptions porteront notamment sur l'acquisition, la production, l'emmagasiner, le commerce, la distribution, la transformation et la consommation des matières et produits susnommés qui seront désignés par lui. »

² « Le présent arrêté entre en vigueur le 25 juin 1940. Le département de l'économie publique en assure l'exécution ; il pourra édicter les dispositions nécessaires... »

importants de l'économie de guerre — seraient en bonne partie illusoires. ... Une interprétation de nature à compromettre le résultat cherché n'est pas conforme aux intentions du législateur. »¹ Ces remarques, auxquelles la Direction générale a fini par se rendre, sont certes judicieuses, mais nullement décisives : il n'en résulte pas que les CFF devaient renseigner les offices de guerre. A notre avis, les dispositions obligeant « chacun » ou « ceux qui produisent, transforment, achètent et vendent » (même complétées par les mots « transportent ou entreposent ») à fournir des renseignements ou à subir des contrôles ne visaient pas plus les CFF que d'autres services fédéraux. En aiguillant la discussion sur le terrain de l'arrêté précité et des ordonnances d'exécution, le Département affaiblissait sa position. Sans souscrire absolument à l'argument de M. Giacometti², nous avons peine à admettre qu'une obligation de parler qui est imposée à chacun ou à certaines catégories de personnes suffise à relever une autorité du secret. A côté, par exemple, de l'art. 90 de l'arrêté du Conseil fédéral du 9 décembre 1940 — relatif à l'impôt pour la défense nationale — qui oblige expressément « les administrations publiques de la Confédération, sans égard au secret de fonction » à renseigner les autorités de taxation, les dispositions brandies par le Département de l'économie publique font pauvre figure. Si les CFF avaient été astreints au secret envers les organes de l'économie de guerre, elles eussent été impuissantes à les en délier. Mais ils ne l'étaient pas : comme nous l'avons montré³, le devoir de discrétion cesse, en règle générale, dans les rapports internes. Une exception aurait pu, en vérité, se justifier par les nécessités de la concurrence. Lorsque la Confédération se fait exploitante (CFF, fabriques d'armes, etc.), ces nécessités peuvent contraindre les services compétents à rester sur la réserve dans leurs rapports avec d'autres branches de l'administration. Mais cette considération ne jouait pas en l'espèce. Les transporteurs et entrepositaires privés étant soumis aux mêmes obligations, les CFF ne risquaient pas de perdre leur clientèle.

En résumé, *le fonctionnaire ne doit donc pas se prévaloir du secret administratif quand d'autres services fédéraux —*

¹ Lettre du 13 avril 1935.

² Cf. supra, p. 47 s.

³ Cf. supra, p. 91.

avec lesquels il a le pouvoir de traiter — l'invite à leur dévoiler des faits confidentiels qu'il leur importe de connaître, à moins que la Confédération même n'ait un plus grand intérêt à ce qu'il garde le silence.

Est-on en présence d'un droit ou d'une obligation de renseigner ? S'il s'agit d'un droit, il est loisible à l'agent de ne pas l'exercer et de refuser le renseignement, tant qu'il n'a pas reçu l'ordre formel de le donner. S'il y a obligation, le refus est passible d'une peine disciplinaire. Quoique les réflexions de la page 91 nous amènent à opter pour la deuxième hypothèse et à admettre une obligation de renseigner issue de l'art. 22 StF, nous ne concevons pas qu'un employé soit puni pour avoir respecté mal à propos l'art. 27 StF. Son excès de zèle serait principalement imputable au Conseil fédéral, qui n'a pas précisé, par une instruction de service, la portée de cet article dans les rapports internes. Pratiquement, la distinction est donc oiseuse.

En fait, les services fédéraux s'entraident largement.¹ Rares sont les bureaux qui, hormis les cas mentionnés aux p. 91 et 92, se cramponnent farouchement à l'art. 27 StF (manque de complaisance ou scrupules juridiques ?). Les contestations suscitées par cette attitude sont — nous l'avons dit — purement internes. Elles relèvent donc du supérieur hiérarchique.

Quelques dispositions spéciales prévoient expressément l'obligation de renseigner tel ou tel service.² C'est ainsi que, d'après l'art. 18 al. 2 de l'arrêté du Conseil fédéral du 12 janvier 1940/18 novembre 1941 concernant la perception d'un impôt sur les bénéfices de guerre, les offices de la Confédération, des cantons et des communes doivent, sous réserve du 3^e alinéa, répondre gratuitement à toute demande de renseignements de l'Administration fédérale des contributions sur les circonstances pouvant intéresser la fixation de l'impôt. Le 3^e alinéa précise que cette obligation n'est pas limitée par les prescriptions légales qui ont trait au secret de fonction ; elle ne s'étend toutefois qu'aux faits et circonstances dont l'office requis a eu connaissance en qualité de cocontractant du contribuable ou sur lequel il est en droit de demander des renseignements à

¹ Les conflits signalés plus haut demeurent l'exception. Réservons toutefois le cas de l'Administration des contributions, dont les demandes rencontrent une résistance significative ; cf. infra, p. 92 s.

² Nous indiquons au paragraphe suivant celles qui obligent à dénoncer une infraction.

des tiers. L'art. 4 ch. 2 de l'arrêté du 29 juillet 1941 instituant un impôt sur le chiffre d'affaires permet à l'Administration fédérale des contributions de demander aux administrations publiques tous les renseignements nécessaires sur les faits importants pour la constatation de l'assujettissement ou pour le calcul de l'impôt, en tant que les faits à constater résultent des registres publics et d'autres pièces officielles. Cette disposition, il est vrai, ne contient pas les mots « sans égard au secret de fonction »¹ ou une expression équivalente ; en autorisant le fisc fédéral à exiger la communication de faits ressortant de pièces officielles — lesquelles sont en général confidentielles —, le Conseil fédéral n'en a pas moins levé, implicitement, le secret de fonction.

Ces textes ont été édictés non seulement pour faciliter la tâche de l'Administration des contributions et lui épargner de stériles controverses avec les services qui, selon une vieille tradition, se font, semble-t-il, un point d'honneur de ne pas seconder le fisc, mais aussi pour neutraliser les prescriptions qui enjoignent une discrétion particulière envers lui.² Aussi est-ce à tort que quelques administrations en infèrent qu'elles n'ont pas à renseigner les bureaux fédéraux qui ne sont pas à même de se prévaloir de dispositions pareilles à celles que nous venons de citer.

II. Par collègues, nous entendons les agents qui travaillent dans le même service. Ce dernier terme, qui a un sens très général, désigne ici la plus petite unité administrative (d'ordinaire, la section) constituée sous la direction d'un chef responsable.

D'être attachés au même service n'autorise pas des fonctionnaires à se dévoiler mutuellement les secrets qu'ils apprennent en vertu de leur charge. Entre eux aussi la discrétion est de règle. On la mesurera, certes, plus ou moins strictement suivant la nature du secret. En principe, les fonction-

¹ Cf. supra, p. 95.

² Ainsi, l'art. 5 al. 2 de la 1^{re} ordonnance d'exécution de la loi du 1^{er} avril 1938 tendant à assurer l'approvisionnement du pays en marchandises indispensables. Selon cette disposition, la communication des renseignements obtenus par les agents d'exécution doit être refusée, notamment, aux services de l'administration des douanes, ainsi qu'aux autorités fiscales de la Confédération, des cantons et des communes. De même, l'art. 14 al. 2.

naires ne seront instruits que des faits qu'ils doivent savoir pour traiter leurs affaires.^{1 2} Il est vrai que l'obligation de se remplacer et de s'entraider (art. 21 al. 2 StF) tempère ce principe.³ En tout cas, c'est une erreur de croire — ainsi que Zürcher⁴ et Kœstler⁵ semblent faire — que le devoir de discrétion s'éteint envers une personne elle-même astreinte au secret.

III. Il va de soi que le secret administratif n'est pas opposable aux supérieurs du fonctionnaire. Les faits que celui-ci apprend comme agent de l'Etat doivent pouvoir parvenir à la connaissance du chef compétent pour prendre la décision, voire du gouvernement. Cela ne signifie d'ailleurs pas qu'il soit tenu de signaler à son chef tout ce qui parvient officiellement à sa connaissance. Il ne l'instruira que des faits propres à l'intéresser, quitte à compléter son rapport sur demande.

Si naturel qu'il soit, le droit de renseigner ses supérieurs n'est cependant pas absolu. Il y a des constatations secrètes même pour eux, en vertu, évidemment, de règles spéciales. Il en est ainsi — on l'a vu — des observations des inspecteurs des fabriques, en tant qu'elles ne concernent pas l'exécution de la loi.⁶ Cette exception répond à la logique. Il s'agit là de faits qui n'intéressent pas l'Etat et dont ses agents ne prennent connaissance qu'incidemment.

§ 2. Obligation de dénoncer

Quand un fonctionnaire découvre un manquement aux décrets dont il a pour tâche de surveiller l'exécution, il doit évidemment le signaler. Les lois resteraient lettre morte si le secret administratif fermait la bouche des organes chargés de

¹ La communication de renseignements de service à service — on s'en souvient — obéit à la même règle ; cf. *supra*, p. 91.

² La Direction générale des CFF a inscrit cette règle au ch. 1^{er} al. 2 de son règlement du 19 juillet 1946 : « Si la nature de l'affaire l'exige ou si des instructions spéciales l'ordonnent, le secret doit être gardé non seulement à l'égard des tiers, mais à l'égard de tous les agents qui ne doivent pas être renseignés pour des raisons de service ».

³ Van Calker, *op. cit.*, p. 152.

⁴ *Op. cit.*, p. 11

⁵ *Op. cit.*, p. 362.

⁶ Cf. *supra*, p. 34.

les faire respecter.¹ Aussi avons-nous ici en vue d'autres actes répréhensibles, que le fonctionnaire décèle, fortuitement, en vertu de son emploi : pendant sa tournée, un douanier est témoin d'un délit contre les mœurs ; en étudiant un mémoire de la maison N., un juriste de la Division du commerce se rend compte qu'elle fraude l'impôt sur le chiffre d'affaires. L'autorité compétente doit-elle en être avertie ?²

A. Il faut examiner d'abord si une obligation *générale* de dénoncer les délits et les contraventions ne découle pas, pour les fonctionnaires fédéraux, de l'art. 22 StF. L'ordre de « faire tout ce qui est conforme aux intérêts de la Confédération » n'implique-t-il pas l'obligation de déferer toutes les infractions au droit fédéral dont ils ont connaissance ? Cette disposition régissant probablement aussi le comportement des fonctionnaires hors du service³, on pourrait même se demander s'ils ne doivent pas signaler les délits qu'ils découvrent à titre privé. Nous laissons la question ouverte, puisque l'obligation de dénoncer ne nous intéresse qu'en liaison avec le devoir de discrétion et que les constatations que fait un agent en tant que particulier ne tombent pas sous l'empire de l'art. 27 StF.

Quant aux délits dont il est instruit en sa qualité officielle, tous ceux qui ne sont poursuivis⁴ que sur plainte n'entrent évidemment pas en considération. La situation est plus délicate pour les délits poursuivis d'office. Sans doute lèsent-ils au premier chef l'intérêt public. Mais cet intérêt s'identifie-t-il nécessairement avec celui de la Confédération au sens de l'art. 22 StF ? L'admettre sans réserve mènerait loin depuis l'entrée en vigueur du code pénal suisse. En faisant des sondages dans la comptabilité de la maison P., un inspecteur de l'économie de guerre se convainc que le sursis concordataire dont elle jouit lui a été accordé sur la base de faux bilans (art. 170 CP). Doit-il en informer l'autorité compétente ?⁵ Supposons que par forfan-

¹ L'obligation de dénoncer dérive alors de la nature des choses.

² Ce ne sera pas forcément une autorité fédérale. Le problème que nous abordons chevauche, par conséquent, nos sections II et III. Tenant à simplifier et à éviter des redites, nous le traiterons uniquement dans ce paragraphe.

³ Message, p. 97 ; Grisel, op. cit., p. 58 s.

⁴ En dépit de l'art. 28 CP, la plainte est une condition non de la punissabilité, mais de l'exercice de l'action publique ; ATF 69 IV 69.

⁵ En le renvoyant à son chef, on ne ferait que déplacer la question.

terie, par esprit de contrition ou pour toute autre cause sur laquelle il est loisible au psychologue de se pencher, Z. entrelarde une requête au Département de l'intérieur d'une confession, dans laquelle il s'accuse d'un viol assez récent. Le secrétaire chargé de traiter la requête s'exposera-t-il, s'il ne défère pas le délit (art. 187 CP), à une poursuite disciplinaire pour violation de l'art. 22 StF ?

Personne n'a jamais songé à donner une telle portée à cet article. La commission du Conseil des Etats s'est demandé, à son propos, ce qui en était de la dénonciation obligatoire. Dans un rapport qu'il lui a présenté le 10 mars 1925, le Département des finances et des douanes exposa, que, généralisée, pareille obligation développerait un détestable esprit de délation et ne se concilierait pas avec la mentalité de notre peuple ; elle n'aurait d'ailleurs pas grande valeur pratique ; dans la plupart des cas, elle ne serait pas observée ; souvent elle ne pourrait l'être, les fonctionnaires connaissant mal la législation applicable ; les en instruire par un catalogue des infractions ne rimerait pas à grand'chose ; l'obligation de dénoncer les délits prémédités contre l'Etat (haute trahison, rébellion, etc.) résulterait déjà de l'art. 22 StF ; quant aux autres délits à la dénonciation desquels la Confédération pourrait avoir un intérêt, il faut s'en remettre aux lois spéciales.

Le 25 mars 1925, la Commission décida de ne pas compléter le projet, après que M. Musy, chef du département prénommé, eut déclaré que le Conseil fédéral ne voulait pas faire un policier de chaque fonctionnaire. Vu les circonstances dans lesquelles il s'est manifesté, son refus de prescrire expressément l'obligation générale de dénoncer les infractions signifie non point que cette obligation, à ses yeux, découlait déjà de l'art. 22 StF, mais qu'elle la jugeait indésirable. Son avis n'a pas été combattu au Conseil des Etats. Les deux Chambres ont adopté sans débat le texte du projet¹, qui n'a subi qu'une petite retouche rédactionnelle.

Nous sommes donc fondé à conclure que l'art. 22 StF, en principe, n'enjoint pas aux fonctionnaires de dénoncer les infractions de droit fédéral dont ils ont connaissance à raison de

¹ Bull. st. CE 1925, p. 113 ; CN 1926, p. 304.

leur charge.¹ Ils ne sont tenus de signaler, en vertu de cette norme, que les délits contre l'Etat et la défense nationale (personne ne le contestera sérieusement²) et, peut-être, les délits contre le patrimoine de la Confédération.

On pourrait être tenté d'admettre la dénonciation obligatoire pour les infractions soumises à la juridiction fédérale. L'art. 340 CP les énumère. On y trouve des délits menaçant la vie et l'intégrité corporelle d'autrui (p. ex. l'emploi d'explosifs et de gaz toxiques, art. 224 s) et de simples contraventions (le port indû de l'uniforme militaire, art. 331) dont nous avons peine à croire que l'intérêt de la Confédération visé à l'art. 22 StF appelle la dénonciation. Aussi jugeons-nous ce critère inutilisable.

Quoi qu'il en soit, l'antagonisme qui oppose ici l'obligation de parler à celle de rester muet doit être résolu, sans hésiter, en faveur de la première. Au regard du danger que court la Confédération ou du préjudice qu'elle subit, le devoir de discrétion s'efface. Mais il ne s'éteint pas. L'obligation de dénoncer ne délie le fonctionnaire du secret qu'envers l'autorité compétente pour recevoir la dénonciation. Pour le surplus, l'art. 27 StF demeure applicable.³

B. Plusieurs *règles spéciales* enjoignent au personnel fédéral de dénoncer des infractions déterminées. Voici celles que nous connaissons ;⁴

¹ Les cantons n'ont pas tous obéi à d'aussi sages considérations. A Fribourg, tout fonctionnaire qui décèle une infraction se poursuivant d'office doit la dénoncer immédiatement au magistrat compétent (art. 14 CPP). Donc, même s'il la découvre en dehors de ses fonctions. Le Valais impose une obligation semblable aux autorités constituées (art. 43 CPP). Neuchâtel la limite aux infractions dont le fonctionnaire acquiert la connaissance dans l'exercice de ses fonctions (art. 6 CPP). Bien entendu, seuls les agents cantonaux et communaux sont assujettis à ces dispositions.

² En revanche, on pourra discuter si le fonctionnaire doit dénoncer *tous* les délits énumérés au titre XIII^e du CP ou ceux seulement qui constituent pour la Confédération une menace ou un danger particulièrement grave, tels que haute trahison, atteinte à son indépendance, trahison diplomatique, espionnage. Nous pencherions pour la deuxième hypothèse. La répugnance qu'inspire, chez nous, la délation commande, sur ce point, une interprétation restrictive de l'art. 22 StF. Pour les délits visés, par exemple, par les art. 268 à 271 CP, l'intérêt de la Confédération n'exige pas, à notre avis, que les fonctionnaires fédéraux soient soumis à un autre régime que leurs concitoyens.

³ Cf. *infra*, p. 122.

⁴ Nous ne mentionnerons pas celles qui se bornent à confirmer une obligation déjà incluse dans la mission confiée aux agents considérés.

1. L'arrêté du Conseil fédéral du 12 novembre 1909 concernant l'application du droit pénal fédéral aux fonctionnaires et employés fédéraux punit de l'amende ou de la révocation les agents de toutes les branches de l'administration qui affectent à d'autres buts les objets de valeur ou les sommes qu'ils ont reçus pour expédier ou pour conserver, ou qui, pour un motif quelconque, confondraient de pareilles sommes avec leurs caisses privées (art. 1^{er} al. 1). Aux termes de l'alinéa suivant, le fonctionnaire qui, ayant connaissance officielle du délit précité, n'en donne pas aussitôt avis à l'autorité supérieure est passible de la même peine.

Il est vrai que, selon une communication téléphonique de la Division de justice, le Département des finances et des douanes tient cette prescription pour abrogée par la loi sur le statut et par les règlements d'exécution. Nous avons vainement cherché une disposition expresse dans ce sens. La loi du 30 juin 1927 abroge, certes, « toutes les dispositions contraires du droit fédéral ». Mais nous ne voyons pas quels articles de la loi et des règlements l'arrêté de 1909 contredirait. Aussi estimons-nous, jusqu'à plus ample informé, qu'il est encore en vigueur.

2. D'après l'art. 6 de la loi du 4 octobre 1917 sur la perception de droits de timbre, les fonctionnaires administratifs et judiciaires de la Confédération sont tenus de signaler à l'autorité compétente toute contravention à la loi, lorsqu'ils en ont connaissance dans l'exercice de leurs fonctions officielles.¹ Cette règle s'applique au droit de timbre sur les coupons en vertu de l'art. 2 de la loi du 25 juin 1921.

3. L'art. 3 de l'ordonnance d'exécution de la loi du 27 mai 1924 sur les loteries somme les fonctionnaires de la Confédération qui, dans l'exercice de leurs fonctions, ont connaissance d'une contravention à la loi et à l'ordonnance de la dénoncer à l'Administration fédérale des contributions.

4. L'art. 139 al. 1 de la loi sur les douanes du 1^{er} octobre 1925 énonce : « Les agents de la douane chargés de la recherche et de la poursuite des infractions douanières doivent être secondés par les agents des autres administrations fédérales. Ceux-ci leur signaleront sans retard, en leur communiquant tous les moyens de preuve, les infractions qu'ils constateront dans

¹ Ces derniers mots n'ont sans doute pas été pesés plus soigneusement ici qu'ailleurs ; cf. *supra*, p. 16.

l'exercice de leurs fonctions.» Le 3^e alinéa précise que les agents qui, par une omission coupable, n'exécutent pas ces obligations violent les devoirs de leur charge. L'art. 116 al. 1 du règlement d'exécution du 10 juillet 1926 rappelle cette obligation.

5. De même, le personnel fédéral doit coopérer à la découverte et à la poursuite des actes punissables mentionnés dans la loi du 2 octobre 1924 sur le service des postes (art. 66). Que cette coopération consiste essentiellement à déférer des infractions ressort de la marginale : « obligation de dénoncer ». Doivent-ils même signaler des faits appris à titre privé ? Le texte de l'art. 66 n'exclut pas cette hypothèse. Etrangère à notre sujet, la question peut rester indécise.¹

6. L'art. 45 de la loi du 14 octobre 1922 réglant la correspondance télégraphique et téléphonique contient une disposition semblable.

7. Les fonctionnaires fédéraux qui, dans l'exercice de leurs fonctions, apprennent qu'une infraction en matière d'économie de guerre a été commise ou qui en constatent une doivent aussi la dénoncer (art. 17 de l'ACF du 17 octobre 1944 concernant le droit pénal et la procédure pénale en matière d'économie de guerre).

Expressément dictée à des fonctionnaires fédéraux, l'obligation de dénoncer l'emporte, dans tous ces cas, sur le devoir de discrétion, qui continue d'ailleurs à lier l'agent, sauf dans ses rapports avec l'autorité compétente pour recevoir la dénonciation.

L'art. 7 de l'ordonnance du 22 septembre 1939 sur la protection de la sécurité du pays astreignant « chaque personne » à informer l'autorité de police ou le commandement militaire les plus proches des faits dont elle a connaissance et qui intéressent la sécurité du pays, son application au personnel fédéral aurait suscité des doutes, si le Conseil fédéral n'avait pris la précaution d'ajouter un art. 8 qui spécifie qu'une obligation de garder le secret ne dispense pas de ce devoir.

C. Bien qu'il n'institue pas une obligation de dénoncer, mentionnons encore l'art. 100 al. 1 PPF. Nous ne pensons pas qu'en conférant à « chacun » le droit de déférer les infractions poursuivies d'office en vertu de la législation fédérale, le Par-

¹ Cf. *supra*, p. 99.

lement ait entendu introduire une nouvelle dérogation au secret administratif. Il ne s'est manifestement pas départi, à propos de cet article, de sa réserve en matière de délation.¹

SECTION III

Communication de renseignements aux administrations cantonales et communales

Les autorités administratives des cantons et des communes invitent parfois des offices fédéraux à leur remettre des documents ou à les renseigner sur telle ou telle question. *Quid* lorsqu'il s'agit de faits confidentiels ? Interdisant aux juges cantonaux d'intimer des ordres à l'administration fédérale², la primauté de l'Etat central ne s'oppose pas moins — sauf dispositions contraires du droit fédéral — à ce que les autorités administratives des cantons et des communes lui enjoignent de leur donner des renseignements. Or, le droit fédéral ne règle pas d'une manière générale l'assistance entre bureaux fédéraux et cantonaux ; aucune disposition n'oblige en principe l'administration de la Confédération à renseigner celle des cantons. Pareille obligation n'a été statué que dans d'étroites limites. C'est ainsi que, d'après une décision gouvernementale du 20 mai 1884, les administrations fédérales doivent fournir aux autorités cantonales « sur la demande de celles-ci et dans le but d'établir les rôles de la taxe militaire, des renseignements exacts sur le chiffre du traitement de leurs fonctionnaires et employés ». ³ De même l'arrêté du Conseil fédéral du 9 décembre 1940 concernant la perception d'un impôt pour la défense nationale oblige notamment les administrations publiques de la Confédération « sans égard au secret de fonction » à fournir gratuitement à l'autorité de taxation (c'est une autorité cantonale, art. 68 al. 1), sur sa demande, les renseignements, tirés des registres officiels ou de toutes autres pièces, qui peuvent être utiles pour la taxation des contribuables (art. 90 al. 1). Un régime analogue a été institué par l'arrêté du 20 novembre 1942 relatif au sacrifice pour la défense natio-

¹ Bull. st. CN 1931, p. 721 ; CE 1932, p. 659.

² Cf. *supra*, p. 62 in initio.

³ FF 1884 II 859.

nale (art. 16 et 17). De telles prescriptions sont très rares. Quand l'autorité requérante ne peut s'en prévaloir, l'office fédéral n'est pas tenu de lui procurer les données qu'elle désire.¹

Est-ce à dire qu'il doit les refuser ? Supposé — pour prendre le cas le plus favorable — que la Confédération ait elle-même avantage à la communication, il est évident qu'une disposition édictée avant tout dans son intérêt² ne saurait y mettre obstacle³. On voit donc que, en dépit de l'art. 27 StF, la révélation n'est pas absolument exclue.⁴ Il s'agit dès lors de savoir à la lumière de quels principes les demandes de renseignements doivent être scrutées. Suivant la Division de justice, les offices compétents peuvent fournir de leur plein gré les renseignements sollicités « s'ils estiment que cette divulgation n'est pas de nature à compromettre les intérêts de l'administration ».⁵ En remplaçant ce dernier mot par « Confédération », nous obtenons un bon critère pour les cas normaux. N'est-il pas logique que l'administration acquiesce à la requête d'un canton qui justifie de son intérêt, quand cela ne présente aucun inconvénient non seulement pour elle, mais pour le bien public ? N'est-ce pas, d'ordinaire, dans l'intérêt de la Confédération que ses agents doivent garder le silence ? Le devoir de discrétion ne tend donc pas à empêcher des révélations qui n'ont rien de contraire à cet intérêt. L'application par analogie de l'art. 28 al. 3 StF⁶ se justifie alors pleinement.

Quid des demandes d'informations qui portent sur des secrets observés dans l'intérêt de particuliers ? Lorsqu'il se heurte à celui de l'Etat, cet intérêt doit naturellement baisser pavillon. La Confédération a-t-elle intérêt à révéler un secret privé, aucune autre considération ne saurait prévaloir. Mais avoir intérêt à quelque chose n'est pas synonyme de n'avoir point de raisons

¹ JAAC II N° 6 ; III N° 7 ; VII N° 12 ; X N° 12.

² Cf. supra, p. 25.

³ Ce qui ne signifie naturellement pas que tout fonctionnaire puisse y procéder de son chef.

⁴ « Règle générale, écrit la Division de justice, les fonctionnaires ont le devoir de garder le secret professionnel à l'égard des administrations cantonales » (JAAC X N° 12).

⁵ JAAC X N° 12, p. 20.

⁶ Plutôt que de la circulaire du 6 octobre 1911 que la Division de justice (JAAC II N° 6 ; III N° 7 ; VII N° 12 ; X N° 12 ; XII N° 12) s'opiniâtre à citer.

de s'y opposer. Il est facile d'imaginer des faits confidentiels dont la communication à un service cantonal, sans nuire à la Confédération, n'est cependant pas commandée par son intérêt. D'après le critère préconisé par la Division de justice (qui conseille, il est vrai, « la plus extrême réserve » à l'égard des « faits concernant des particuliers »), la révélation est admissible. Nous le pensons aussi. Sans doute, dès qu'il s'agit non pas simplement de faits concernant des particuliers, mais de secrets gardés dans un intérêt individuel, ce critère (défaut de préjudice pour la Confédération) est-il dangereux. Il faut se garder de glisser le doigt dans l'engrenage. Nous verrons plus loin¹ que des faits confidentiels peuvent aussi, sous certaines conditions, être dévoilés à des particuliers. Or, s'il suffisait qu'une révélation ne lèse pas la Confédération pour être légitime, les normes qui prescrivent le secret dans l'intérêt des administrés n'offriraient qu'une protection spécieuse. Mais ici, les requérants sont des autorités cantonales et communales qui, non moins que la Confédération, représentent des intérêts publics. Un intérêt individuel ne serait donc pas un motif valable de refuser les renseignements désirés.

Des faits dont la divulgation est prohibée dans l'intérêt des personnes qu'ils concernent, il faut distinguer les secrets privés que l'Etat garde dans son propre intérêt. Il s'agit, en général, d'indications qui lui sont livrées par les particuliers, soit spontanément (p. ex., à l'appui d'une requête), soit sur son ordre (déclaration à la douane des marchandises importées, à l'économie de guerre des stocks constitués) et qu'il évite d'ébruiter pour ne pas s'aliéner la confiance des administrés, car la véracité des données sur lesquelles il travaille et, en dernière analyse, le bon fonctionnement de l'administration en dépendent. Les offices fédéraux ont-ils le droit de les transmettre à des bureaux cantonaux lorsque cela ne présente pas d'inconvénients pour la Confédération, ou faut-il que son intérêt l'exige ? Ce n'est pas nécessaire. D'habitude, elle sera du reste amenée à décliner la demande de renseignements dans son propre intérêt, parce que — la Division de justice l'expose fort bien — « il est souvent très difficile, pour une administration fédérale, de prévoir si les renseignements qu'elle donne sur certains particuliers ne sont pas de nature à nuire ultérieurement à leurs

¹ P. 117 s.

relations réciproques et à compromettre ainsi gravement la bonne marche des affaires des services intéressés ». ¹ Aussi pensons-nous, comme la Division, que l'Administration des douanes devait refuser de dévoiler au Département tessinois de l'agriculture les noms des maisons qui, au mépris d'un accord conclu avec la Federazione orto-frutticola ticinese, importaient des légumes à certaines époques. ² En revanche, son opinion ne nous semble pas heureusement motivée. Après avoir relevé qu'il ne s'agissait pas d'un procès civil ou pénal, mais de la requête d'une autorité administrative et que, partant, l'intérêt éminent de la sécurité juridique n'était pas engagé, elle poursuit, en substance : bien que, selon le Département cantonal, l'indication des quantités importées par chaque entreprise réponde à l'intérêt général, il n'est pas nécessaire de rechercher si cet intérêt peut être assimilé à celui de la justice et, par conséquent, si les directives énoncées dans la circulaire de 1911 sont applicables, car l'ordonnance du Conseil fédéral du 1^{er} décembre 1936 sur la statistique du commerce de la Suisse avec l'étranger prescrit, d'une manière générale, à l'art. 11, que les pièces relatives à des faits de ce genre doivent être tenues secrètes ; aussi les autorités ne doivent-elles pas révéler, sans l'assentiment des importateurs, le contenu des pièces qui les concernent. Qu'énonce cet art. 11 ? « Les déclarations et les pièces présentées à l'appui doivent être considérées comme confidentielles par toutes les personnes et autorités qui en ont connaissance ». Il n'impose ainsi aucun devoir nouveau aux agents de la douane, déjà soumis à l'art. 27 StF. En effet, l'obligation de considérer un document comme confidentiel ne va pas plus loin que l'interdiction d'en éventer le contenu. Or l'art. 27 StF — c'est aussi l'avis de la Division ³ — ne s'oppose pas à ce que tout secret soit communiqué à des administrations cantonales.

L'administration fédérale a donc le droit de confier des secrets à des autorités cantonales et communales, pourvu que les intérêts de la Confédération n'en souffrent pas.

¹ JAAC X N° 12, p. 19.

² JAAC XII N° 12.

³ JAAC X N° 12.

SECTION IV

Communication de renseignements à des particuliers

L'Administration est constamment en rapport avec un grand nombre de particuliers, personnes physiques ou morales qui n'ont pas la qualité d'agents ou d'organes d'autorités constituées. Est-elle tenue envers eux à une discrétion absolue ou peut-elle, dans certaines circonstances, leur confier des secrets ? Pour la clarté de l'exposé, nous distinguerons suivant qu'elle agit spontanément ou sur la demande de tiers.

§ 1. Sur l'initiative de l'administration

Le chef d'un office remet un communiqué à la presse ; il consulte le professeur X. sur la constitutionnalité d'une mesure projetée¹ ; il invite l'association professionnelle de la branche intéressée à se prononcer sur une requête de la maison A. ; dans une conférence, il annonce aux représentants d'une industrie que, selon toute probabilité, elle fera bientôt l'objet de telle restriction. Chacun de ces actes livre un secret. Faut-il y voir autant de transgressions de l'art. 27 StF ? Nous avons déjà montré² que toute révélation d'un secret dictée par l'intérêt de l'Etat n'est pas illicite. Il en est de même ici. Peu importe qu'elle soit faite à des administrés, pourvu qu'elle émane d'un fonctionnaire compétent.

Le cas de la requête communiquée à une association est le plus discutable. Des concurrents pourront sans doute la lire. N'est-ce pas choquant ? S'il importe à l'administration de connaître l'opinion de ce groupement professionnel, elle a le droit de le consulter, d'autant plus que le législateur a lui-même consacré ce mode de faire.³ Le requérant est donc désarmé.

¹ Quitte à aller tout de même de l'avant si la réponse est négative.

² Cf. supra, p. 105.

³ Cf. l'art. 9 al. 1 de l'AF du 11 décembre 1941 tendant à protéger le métier de cordonnier ; l'art. 4 al. 3 de l'ACF du 30 octobre 1935 interdisant l'ouverture et l'agrandissement d'exploitations dans l'industrie de la chaussure ; l'art. 4 al. 3 de l'ACF du 21 décembre 1945 protégeant l'industrie horlogère suisse. Ces deux derniers décrets ont été édictés, il est vrai, par le Conseil fédéral ; mais ils ont été ratifiés par les Chambres en vertu de l'art. 5 de l'AF du 14 octobre 1933 concernant les mesures de défense économique contre l'étranger.

Il va sans dire que si l'administration peut obtenir l'avis de l'association sans lui livrer des secrets d'affaires du requérant, elle a le devoir de ne lui soumettre qu'une requête expurgée ou résumée. Son attitude dépendra aussi de la confiance que méritent les organes de l'association.

Quant aux révélations — spontanées aussi — que le fonctionnaire a faites à des tiers pour rendre service, pour vider son cœur ou, plus communément, par goût du bavardage, par irréflexion ou par jactance, ce sont des violations du secret¹, quelle que soit la discrétion des confidents. Le « sceau du secret » sous lequel il juge prudent de s'abriter n'y change rien. M. Edouard Herriot le disait récemment : « la confiance est la forme la plus sûre de la publicité »²

Parmi les confidences illicites, van Calker range aussi celles du fonctionnaire qui demande conseil.³ Le cas est assez fréquent. Obsédé par une affaire épineuse, L. s'en entretient avec un ami qui l'a déjà maintes fois désempourbé. Son premier souci est de ne pas trébucher et de s'épargner les reproches de ses chefs. Mais son indiscretion ne profite-t-elle pas également à la Confédération, qui tient évidemment à une judicieuse expédition des affaires ? Ici aussi, la compétence est décisive. S'il n'est pas habilité à s'aboucher avec des tiers pour le règlement de ses affaires, l'avantage que son initiative peut valoir à l'Etat ne la régularise pas. Peut-être en sera-t-il tenu compte au point de vue disciplinaire. S'il possède l'autorisation visée à l'art. 38 OAF⁴, son acte n'est pas répréhensible. Ayant le droit de soumettre une difficulté au professeur X., pourquoi ne consulterait-il pas son ami Y., dont il connaît la discrétion et l'expérience ? Les confidences des fonctionnaires ne sont donc pas toutes blâmables.

§ 2. A la demande de tiers

L'Administration fédérale reçoit tous les jours d'innombrables demandes de renseignements. Beaucoup ont trait à des faits qui ressortent de publications officielles (Recueil des lois, Feuille fédérale, rapports de gestion, statistiques, etc.). Elles

¹ FF 1920 II 275 ; Burckhardt, Droit fédéral suisse, N° 308 V.

² Tribune de Genève du 13/14 janvier 1946.

³ Op. cit., p. 156.

⁴ Cf. supra, p. 90.

ne touchent donc pas à notre sujet. D'autres tendent à lever un coin du voile qui recouvre l'activité de l'administration. Cette dernière peut-elle s'y prêter ou doit-elle pudiquement éconduire les curieux ? C'est ce que nous examinerons dans ce paragraphe.

Remarquons d'abord que ces demandes de renseignements ne revêtent pas nécessairement la forme de questions. Souvent, des administrés voudraient prendre connaissance de documents. Leur communication est évidemment exclue.¹ Nous avons vu, s'agissant de la production en justice, que l'administration doit pouvoir disposer en tout temps de ses dossiers.² A cette considération s'ajoute le risque que des pièces ne s'égarent, ne soient soustraites, détruites ou falsifiées. Aussi le Département de justice et police décida-t-il, en 1861 déjà, qu'il ne devait plus être confié d'actes à des particuliers, ceux-ci ayant toute latitude d'en prendre connaissance dans les archives mêmes ou de s'en faire remettre à leurs frais des copies certifiées.³ N'offrant donc pas les mêmes inconvénients que la communication de documents, leur consultation dans les bureaux de l'administration, au besoin sous surveillance, est un mode d'information à considérer. Aussi l'aurons-nous également en vue en parlant, dans ce paragraphe, de demandes et de fourniture de renseignements.

La position de l'administré est, en général, plus ou moins favorable, selon que les faits dont il s'enquiert le concernent ou lui sont étrangers. Nous étudierons successivement ces deux éventualités.

A. Deux exemples fixeront les idées. En 1931, un garagiste pria la Direction générale des douanes de lui indiquer la date d'entrée de trois automobiles qu'il n'avait pas importées lui-même. N'obtenant pas satisfaction, il porta l'affaire devant le Conseil fédéral, qui le débouta.⁴ Quelques années plus tard, désirant bénéficier de la réduction de taxe de 25 % prévue par la loi genevoise pour les véhicules dont la fabrication remonte

¹ Nous ne connaissons, à cet égard, que l'art. 130 al. 1 OJ qui, combiné avec l'art. 99, prescrit la communication du recours administratif à la partie adverse.

² Cf. supra, p. 73.

³ Ullmer, op. cit., N° 965.

⁴ JAAC V N° 22.

à plus de 5 ans, un automobiliste demanda à la direction pré-nommée de lui délivrer une quittance des droits d'entrée payés pour une voiture étrangère qu'il n'avait pas importée. Il essuya un refus, confirmé par le Conseil fédéral.¹ Dans ces deux décisions, le gouvernement relève que l'Administration des douanes n'a pas le droit de fournir à des tiers des indications sur des constatations faites lors du dédouanement ni sur des faits relatifs aux opérations douanières ; elle doit garder le secret et observer même une certaine réserve à l'égard des autorités judiciaires² ; « il lui est interdit de renseigner des particuliers sur une affaire à laquelle ils n'ont pas participé ».

Cette formule a une portée générale ; elle vaut pour tous les fonctionnaires. Non seulement les particuliers n'ont pas le droit d'exiger des renseignements sur des affaires qui ne les concernent pas — même s'ils justifient d'un intérêt légitime (c'est le cas de l'automobiliste dans le deuxième exemple) — mais les agents de la Confédération sont tenus de respecter le secret administratif, qui prend ici tout son sens. A moins de porter sur des faits consignés dans des registres publics, toutes les demandes de renseignements relatives à des tiers doivent être repoussées. Seul l'intérêt de la Confédération peut, comme toujours, motiver des exceptions. Elles seront d'ailleurs très rares. Apprenant que F. va ouvrir une fabrique de chaussures, R., qui, l'année dernière, avait sollicité vainement un permis à cet effet, interroge le Département de l'économie publique sur ce qui lui paraît constituer une inégalité de traitement. L'administration jugera probablement utile — et, partant, a le droit — de lui expliquer brièvement sa décision, pour qu'il n'ait pas le sentiment d'être victime d'une injustice.

Comment concilier avec l'interdiction que nous venons de signaler la faculté assez souvent accordée aux auteurs de travaux scientifiques, spécialement de thèses de doctorat, de compulsier des dossiers touchant des affaires auxquelles ils n'ont point participé ? Quoique justifiée en fait, cette pratique nous paraît illégale.³ La disquisition des requérants n'est sans doute pas gratuite. Mais le Conseil fédéral (nous l'avons vu à propos d'automobiles importées) refuse avec raison de tenir compte de

¹ JAAC XI N° 21.

² La réserve qui résulte de l'observation de l'art. 28 al. 3 StF.

³ Dans le même sens, Esslinger, op. cit., p. 199.

cette circonstance. D'autre part, on ne saurait prétendre que la Confédération ait intérêt à la plupart de ces travaux. Les fonctionnaires qui en facilitent l'exécution en ouvrant des dossiers officiels prennent donc des libertés avec l'art. 27 StF. Il s'agit certes de violations le plus souvent bénignes et vraisemblablement tolérées par les organes supérieurs de l'administration. Il est toutefois clair que si un secret capital était divulgué par une thèse de doctorat, le fonctionnaire qui aurait permis à l'auteur de s'en emparer aurait à se repentir de sa complaisance.

Ces principes régissent-ils aussi strictement la consultation d'anciens dossiers ? Ne peut-on pas répéter, après Racine :

*Il n'est point de secrets que le temps ne révèle ?*¹

Certes, le Conseil fédéral a même fixé ce temps à 50 années. Selon le règlement du 9 mai 1944, les documents des archives fédérales sont à l'ordinaire librement communiqués au public, lorsqu'ils ont 50 ans de date. Cette règle ne déroge du reste point à l'obligation du secret. De tels documents sont accessibles, parce qu'on peut présumer qu'après un délai aussi long ils n'ont plus rien de confidentiel. Si leur divulgation présente néanmoins des inconvénients, l'archiviste est tenu de prendre l'avis des services d'où ils proviennent. Ils resteront secrets aussi longtemps que l'intérêt de la Confédération l'exigera.

Un problème particulier reste à résoudre. En sa qualité de parlementaire, un membre des Chambres fédérales demande à un employé des explications ou des renseignements sur une affaire de service confidentielle. Que faire ? Les refuser. Pour les agents de la Confédération, les parlementaires ne sont pas des supérieurs. La hiérarchie administrative s'arrête au gouvernement, seul responsable devant l'Assemblée fédérale des actes de l'administration (art. 102 ch. 15 Cst).² Sauf les membres de la délégation des finances, qui, en vertu de l'art. 26 de la loi du 9 octobre 1902 sur les rapports entre le Conseil national, le Conseil des Etats et le Conseil fédéral, a en tout temps le « droit absolu » de prendre connaissance de la comptabilité des départements et divisions de l'administration, les parlementaires doivent être traités comme de simples particuliers. Le secret de

¹ Britannicus, acte IV, scène IV.

² Burckhardt, Kommentar, p. 724 et 740.

fonction doit donc leur être opposé s'ils n'ont pas pris part à l'affaire qui est l'objet de leur démarche.¹

Tous les fonctionnaires, même supérieurs, savent-ils qu'ils n'ont pas de comptes à rendre ni d'explications à donner aux députés aux conseils législatifs ? Des indiscretions ne risquent-elles pas d'être commises par ignorance ? Des circulaires de service tentent d'y parer. La dernière date du 1^{er} octobre 1937. Elle interdit de fournir des renseignements sur des affaires confidentielles à des membres de l'Assemblée fédérale sans le congé exprès du chef du département.² Quant aux membres des commissions des finances et de gestion, les chefs de division doivent s'abstenir de toute information relative à des mesures projetées par eux-mêmes ou par le chef du département, car le contrôle parlementaire ne porte que sur les arrêtés définitifs.

B. *Quid* lorsque l'affaire confidentielle a trait à la personne même qui désire être renseignée ou compulser le dossier ? Aucune prescription de portée générale n'enjoint à l'administration d'agréer des requêtes de ce genre. Il ne lui en faut pas davantage pour les rejeter presque toutes. Voici quelques exemples :

1^{er} cas. Elle refuse de donner connaissance à un candidat évincé du dossier des postulations ou du certificat médical qui n'a pas permis de retenir sa candidature.³

2^e cas. Le Département de l'intérieur ayant refusé de lui délivrer le diplôme fédéral de médecin-dentiste en vertu des art. 108 s du règlement du 22 janvier 1935, W. recourut, en se plaignant notamment de n'avoir pas été invité à se prononcer sur le préavis du comité directeur (art. 3 s). Le Conseil fédéral jugea que les motifs à l'appui des propositions de cet organe consultatif étaient une affaire interne et que le droit d'en prendre connaissance ne compétait même pas à la partie recourante.⁴

3^e cas. Une plainte portée en février 1910 contre Christian

¹ S'ils y ont pris part, voir la note suivante.

² La circulaire ne distingue pas selon que le député intervient comme tel, comme mandataire, dans une affaire touchant à son mandat, ou encore dans sa propre affaire. Est-ce intentionnel ? Nous l'ignorons. Bien qu'il ne soit peut-être pas inutile de protéger le personnel fédéral contre la tentation de favoriser les membres du parlement, ce n'est pas une raison de les désavantager.

³ Burckhardt, Droit fédéral, 302 II, 307 II.

⁴ JAAC XIII N° 18

Maurer, agriculteur, pour contravention à la loi sur l'alcool, dut être abandonnée faute de preuves. Après la clôture de l'enquête, Maurer voulut prendre connaissance du dossier. La Régie des alcools y mit son veto et fut approuvée par le gouvernement.¹

4^e cas. Un fourrier, poursuivi pour abus de confiance, remit 3000 fr. au Département militaire, sous la réserve expresse que ce dépôt n'était constitué que pour la durée de l'enquête. Celle-ci ayant été suspendue en mars 1921, il réclama la restitution de la somme. Dans l'intervalle, un fonctionnaire du Commissariat central des guerres l'avait versée à la personne intéressée. Se proposant d'actionner cet agent, le fourrier réclama la communication du dossier de l'enquête. Le Département militaire rejeta cette demande. Le Département de justice et police fit observer que la Confédération était tenue de fournir au sous-officier tous renseignements sur les circonstances dans lesquelles la somme avait été déposée, puis remise à un tiers ; elle n'a « aucun intérêt à empêcher qu'on ne consulte les actes » ; même si le fonctionnaire du Commissariat s'est dessaisi illicitement du dépôt, elle n'a pas de raisons d'entraver le lésé dans la défense de ses droits. Il convenait donc de laisser ce dernier compulser le dossier. Le Département militaire revint sur sa décision.²

5^e cas. Une société anonyme de Zurich avait sollicité, en 1932, un permis extraordinaire pour l'importation de 50 à 100 citernes de benzine roumaine. La Division du commerce refusa, en se référant aux observations présentées par « Carbura », centrale d'importation des carburants liquides. La société recourut, en s'informant de ces observations. Le Conseil fédéral la débouta. Il relève que, dans le dessein d'appliquer la loi correctement, les autorités administratives peuvent être amenées à recueillir des renseignements, sans devoir tolérer ensuite qu'on les consulte ; certains arrêtés de droit administratif de la Confédération et des cantons statuent, quant à cette obligation d'exhiber des documents, qu'une autorité ne peut pas être mise sur le même pied que des particuliers, « l'intérêt général du pays ou l'intérêt au fonctionnement régulier de l'administration pouvant être entravé ou compromis gravement par une telle mesure ». ³

¹ Burckhardt, op. cit., 302 V.

² Burckhardt, op. cit., 307 IV.

³ JAAC VIII N° 137.

6^e cas. La Division du commerce n'avait pas consenti que l'avocat d'un exportateur prît connaissance du rapport d'un spécialiste qu'elle avait chargé de se prononcer sur la provenance de fruits exportés en Allemagne. Cette décision s'adossait au préavis de la Direction de justice, qui s'était exprimée, en bref, comme il suit : Si l'expertise avait été rédigée par un fonctionnaire, la maison n'aurait certainement pas eu le droit de s'en enquérir ; on ne voit pas pourquoi l'administration devrait adopter une autre attitude parce qu'elle s'est adressée à un spécialiste qui lui est étranger ; l'expertise est une pièce qui appartient à l'administration ; l'avocat n'a pas le droit d'en exiger la production.¹

7^e cas. Le Conseil fédéral avait décidé, le 31 mars 1858, un avocat ayant voulu consulter les pièces relatives à l'expulsion d'une Anglaise, que l'on devait en principe accorder aux parties intéressées l'autorisation de prendre connaissance des actes, à l'exception toutefois des pièces confidentielles qui auraient été transmises en cette qualité par des autorités.²

8^e cas. D'après un rapport du Département de justice et police du 8 janvier 1926, les autorités administratives ne sont pas obligées de permettre à un étranger expulsé de consulter son dossier ; dans la pratique, le Département a toujours tenu à ce que l'étranger ne subit aucun tort et pût faire valoir ses droits ; l'arrêté d'expulsion l'informe régulièrement des faits qui lui sont reprochés ; mais il ne lui est pas loisible de consulter le dossier et l'autorité peut lui refuser tout renseignement sur l'origine de ses informations.³

L'administration — on s'en est aperçu — n'a pas une pratique très cohérente. Tantôt elle permet à celui qui a fait l'objet d'une instruction pénale de consulter le dossier après l'enquête (4^e cas), tantôt elle l'éconduit (3^e cas). Sa jurisprudence en matière d'expulsion (8^e cas) a longtemps contredit l'arrêté de 1858 (7^e cas). La plupart de ces décisions sont d'ailleurs insuffisamment motivées. Deux choses sont évidentes. D'une part, l'art. 27 StF n'interdit pas de révéler à un tiers les faits confidentiels qui le touchent, si des intérêts supérieurs ne regimbent

¹ JAAC XI N° 20.

² Ullmer, op. cit., N° 962.

³ Burckhardt, op. cit., 307 V.

pas. D'autre part, lorsque ces conditions sont réunies, il est désirable de donner suite aux demandes de renseignements, car la Confédération n'a pas de raison de contrarier les particuliers dans l'exercice ou la défense de leurs droits, réels ou supposés.¹ Par conséquent, en refusant à un intéressé la permission de consulter son dossier ou un document qui le concerne, parce qu'il n'a pas le droit d'en exiger la production (6^e cas), parce qu'il s'agit d'une affaire interne (2^e cas), ou qu'elle n'est pas obligée de tolérer la consultation des informations qu'elle recueille (5^e cas), l'administration élude le problème. Mais si elle n'est pas tenue d'ouvrir ses dossiers (nous le vérifierons plus loin), il importe de savoir si, en les ouvrant, elle nuirait à la Confédération. Aucune des décisions et consultations citées ci-dessus n'aborde cette question, la seule décisive. Dans le 5^e cas, le Conseil fédéral mentionne, en vérité, l'intérêt du pays et l'intérêt au bon fonctionnement de l'administration ; mais il le fait d'une manière générale et sans se soucier de ce qui en était *in concreto*. Quant à objecter qu'un arrêté d'expulsion informe l'étranger des reproches qui pèsent sur lui (8^e cas), c'est un argument captieux. Cela revient à dire : une décision ne reposant que sur les motifs qu'elle énonce, les faits qu'elle n'a pas retenus sont juridiquement dénués de pertinence ; il n'est donc pas nécessaire que l'expulsé les connaisse, même s'il a l'intention de recourir. C'est exact... théoriquement. En réalité, mainte décision administrative est prise eu égard à des circonstances qu'elle n'indique pas ; les motifs sont rédigés de façon à satisfaire aux normes applicables ; en s'évertuant à les réfuter, l'intéressé s'escrime contre des moulins à vent. Le refus de le laisser compulser son dossier le réduit donc à l'impuissance. Est-ce admissible ? Non, à moins que des intérêts majeurs ne commandent ce refus.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'art. 4 Cst garantit aux parties les droits indispensables à leur défense, même en matière administrative, dès que les droits personnels du citoyen sont en cause.² La Chambre de droit public a jugé notamment, à propos d'un internement administratif, que « pour être efficacement protégé contre l'arbitraire possible des autorités, le citoyen condamné à l'internement doit pouvoir contrôler

¹ Salis, op. cit., N° 233, p. 750 ; Burckhardt, Droit fédéral N° 302 IV.

² ATF 70 I 70 ; 67 I 78 ; 53 I 113 ; 43 I 166 ; 34 I 14 ; 30 I 280.

les bases de la décision prise contre lui ; ce contrôle, il ne peut l'exercer qu'en prenant connaissance de la procédure. Il a par conséquent le droit d'exiger que le dossier soit mis à sa disposition. Si le secret peut être ordonné, momentanément, au cours de l'instruction, il est inadmissible qu'il soit maintenu après la clôture de l'enquête. Une fois la décision prise, le refus de communiquer les pièces à l'intéressé viole manifestement les droits de la défense et constitue donc un déni de justice. » ¹

Il s'ensuit que l'administration fédérale conteste à tort toute obligation de renseigner les intéressés et de les laisser consulter les dossiers. Il est vrai qu'aucun texte ne l'y astreint expressément. Mais cette obligation dérive de l'art. 4 Cst, chaque fois que le particulier est touché dans ses droits personnels. Or, une expulsion, par exemple, ne portant pas une moindre atteinte à sa liberté individuelle que l'internement, le refus de lui donner connaissance de son dossier (8^e cas) est inconstitutionnel ; ² l'impossibilité de faire annuler ce refus par un recours de droit public n'y change rien. L'obligation de renseigner des particuliers est toutefois amputée par le devoir de sauvegarder les intérêts de la Confédération. Elle ne signifie pas que des documents hautement confidentiels doivent être mis sous les yeux du requérant. L'administration conserve pleine latitude de les éliminer pour des raisons impérieuses. ³ Le ton peu objectif d'une pièce ne serait pas un motif valable, émanât-elle d'une autorité, de la retirer du dossier. ⁴

Lorsque des droits personnels du requérant ne sont pas en jeu, l'administration n'est pas tenue de combler sa curiosité, même légitime. ⁵ En a-t-elle le droit ? Indéniablement, si le bien public ne risque pas d'en souffrir. On sait qu'elle n'use de ce droit que très chichement. ⁶ Son empressement à respecter

¹ ATF 53 I 113.

² Les étrangers bénéficient aussi de la garantie inscrite à l'art. 4 Cst (ATF 48 I 285 ; 41 I 148). Aujourd'hui, ce refus serait, de plus, illégal ; cf. *infra*, p. 119.

³ ATF 53 I 113 i. f.

⁴ Décision du gouvernement zuricois du 22 octobre 1921, ZBl t. XXIII, p. 149.

⁵ N'est-ce pas ce que La Rochefoucauld appelle « curiosité d'intérêt », « qui fait que nous voulons savoir les choses pour nous en prévaloir », par opposition à la curiosité « d'orgueil qui vient du désir de savoir ce que les autres ignorent » ? Maxime 173, variante de 1665.

⁶ Voir ci-dessus les cas Nos 1 à 6 et 8.

l'art. 27 StF est certes louable, et compréhensible sa répugnance à laisser des quidams fourrer leur nez dans ses dossiers. Sa circonspection nous paraît néanmoins excessive. Puisqu'il lui est loisible, en tout état de cause, de celer les documents qui doivent absolument rester secrets et de refuser toute révélation de nature à l'entraver, rien ne devrait l'empêcher, en principe, de renseigner les tiers qui justifient de leur intérêt.

C'est, au demeurant, l'opinion que le Département de justice et police exprimait en 1910. Dans son rapport¹ sur l'affaire Maurer, déjà citée² — rapport témoignant d'une largeur de vue qui contraste heureusement avec l'esprit timoré dont sont empreintes les décisions relatées plus haut — il soutient que si l'administration n'a pas l'obligation de tolérer la consultation du dossier, elle en a en tout cas le droit et que ce droit elle doit en user, à moins qu'elle n'ait avantage au secret ou que le requérant n'ait aucun titre à la consultation. A son avis, il n'y avait pas lieu, en l'occurrence, une fois l'enquête close et l'affaire classée, de garder le dossier secret, dût Maurer y trouver des pièces pour actionner la Confédération. Si cette dernière a empiété indûment, au cours de l'enquête, sur la sphère juridique de Maurer, elle doit réparer le dommage, sans contrecarrer le lésé dans la poursuite de son droit. En tant qu'administration publique, elle ne saurait être placée sur le même pied qu'un individu, dont on ne peut exiger qu'il présente à d'éventuels adversaires des moyens de preuve défavorables pour lui. « Geheimnistuerei weckt Misstrauen und Misstrauen ist der psychologische Grund für Missdeutungen und grundlose Verdächtigungen aller Art. » Comme aucune raison sérieuse ne commandait de maintenir le secret et que Maurer avait sans conteste un intérêt légitime à prendre connaissance du dossier, le Département de justice et police proposa judicieusement de lui permettre de le consulter. Que fit le Conseil fédéral ? Il rejeta le recours.³

La possibilité pour un citoyen de consulter le dossier qui le concerne découle, au surplus, des principes de l'Etat de droit, qui exigent qu'il soit protégé contre des actes administratifs illégaux, voire inappropriés aux circonstances. Or, cette pro-

¹ Aux archives.

² Cf. supra, p. 114, 3^e cas.

³ Burckhardt, Droit fédéral 302 V.

tection serait fréquemment inefficace s'il ne connaissait pas les faits à la base de la décision qui le lèse.¹ Les Chambres fédérales ont d'ailleurs stigmatisé la procédure secrète² en discutant la loi sur le séjour et l'établissement des étrangers. L'art. 19 al. 2 du projet gouvernemental énonçait : « L'étranger n'a pas le droit de consulter le dossier. » Cette disposition a été vivement combattue et, après un débat nourri³, remplacée par celle-ci : « Le recourant ou son représentant a le droit de consulter le dossier, à moins que l'ordre et la sécurité publics ne s'y opposent. » Quoique cette règle soit limitée à l'application de la loi du 26 mars 1931, les critiques assénées alors à la procédure secrète avaient presque toutes une portée générale.

Enfin, il n'est pas même sûr que le mystère dont l'administration aime à s'envelopper la serve vraiment, à cause de la méfiance qu'il éveille.

Nous avons distingué, quant aux tiers « intéressés », c'est-à-dire qui ont participé à l'affaire dont ils s'enquièrent, suivant qu'ils sont ou ne sont pas lésés dans leurs intérêts personnels. Nous voyons que la différence est pratiquement négligeable. Dans le premier cas, en effet, l'administration est tenue de les renseigner, à moins que le bien public ne s'y oppose. Dans le deuxième, elle n'a que le droit de le faire ; mais ce droit, elle ne peut pas l'exercer selon son bon plaisir.⁴ Elle doit se conformer à une règle. Or la seule règle admissible prescrit de fournir les renseignements requis — ou de tolérer la consultation des dossiers — sauf quand des raisons majeures ne le permettent pas.

C. Il est temps de nous résumer. *Invitée à renseigner un particulier sur des faits confidentiels, l'administration recherchera s'il a participé à l'affaire. Dans l'affirmative, elle donnera suite à la requête dans la mesure compatible avec l'intérêt général ; dans la négative, elle se retranchera derrière l'art. 27 StF.*

¹ Cf. supra, p. 116.

² Désapprouvée également par Graff, *Le système de l'administrateur-juge en droit fédéral suisse*, p. 118 s.

³ Bull. st. CN 1930, p. 700 ss.

⁴ Cf. supra, p. 66 i. f. et 118.

Relation avec l'art. 320 ch. 2 CP

Il appert des trois sections précédentes que, dans certaines conditions, un fonctionnaire peut confier des secrets à des tiers — fonctionnaires eux-mêmes ou particuliers — sans heurter l'art. 27 StF. Doit-il, pour ne pas délinquer, obtenir chaque fois le consentement écrit de ses supérieurs ? L'art. 320 ch. 2 CP semble l'ordonner. De même qu'il semble en résulter que, pour la déposition à la barre, une permission orale ne suffise pas non plus.

Nous avons réservé cette dernière question.¹ Ne revient-elle pas en quelque sorte à savoir si l'agent peut être puni pour une informalité de ses chefs ? Choqué par une telle conséquence, on sera tenté de soutenir que tout fait que l'office compétent permet — oralement — de porter à la connaissance d'un tribunal cesse d'être confidentiel à l'égard de ce dernier et que, partant, l'art. 320 CP ne s'applique pas. Pourquoi, selon cette théorie, l'autorisation de livrer un secret à un tiers quelconque n'aurait-elle pas la même vertu ? Si, avec l'agrément de mon chef, je dévoile une affaire confidentielle à un groupement professionnel, ne pourrai-je pas aussi prétendre que, pour lui, le secret a été levé ? Approuver cet argument signifierait abolir l'exigence de la forme écrite. En effet, il n'y aurait plus une autorisation verbale dont on ne pourrait dire : le fait qu'elle permet de révéler n'est pas secret pour le tiers qu'elle vise. Cela irait trop loin.

Faut-il en conclure que, pour préserver le fonctionnaire de poursuites pénales, la permission de témoigner doit être donnée par écrit ? Mais alors, si l'art. 320 ch. 2 CP concerne la déposition en justice, ne s'applique-t-il pas aussi — voire *a fortiori* — à la fourniture de renseignements à des administrations cantonales et communales, à des particuliers ?² Affirmons sans ambages que cette solution serait impraticable. Deux exemples en persuaderont.

¹ Cf. *supra*, p. 89.

² Il s'agit ici (répétons-le pour prévenir des malentendus) des seuls renseignements que le fonctionnaire peut donner sans transgresser l'article 27 StF. Pour les autres, il n'y a pas de problème.

a) Au cours d'un entretien décisif, un chef de section se convainc qu'il n'acquerra un résultat favorable à la Confédération qu'en révélant à son interlocuteur un fait qui, sans constituer un secret d'Etat, est néanmoins confidentiel. Subordonner la confiance à l'assentiment écrit de l'autorité supérieure serait vouer mainte affaire à l'échec. La nécessité d'une révélation surgit souvent à l'improviste ; il n'est pas possible de consulter son chef et, moins encore, d'attendre une permission écrite.

b) La Division du commerce avise X. qu'elle a transmis sa requête, pour raison de compétence, à l'Administration des blés. Quelques semaines plus tard, n'ayant pas reçu de nouvelles, X. demande à un employé de cette administration si la requête est arrivée et où l'affaire en est. Cet employé ne viole aucun devoir de service en lui confirmant la réception de la requête ni en lui apprenant que la réponse vient d'être déposée sur le bureau du directeur.¹ Et, pourtant, ce sont des faits confidentiels. S'il annonçait, dans une assemblée publique, que son office a été saisi d'une requête de X., il commettrait une indiscretion. Devait-il, avant de répondre à X., solliciter le consentement écrit de son chef ? Le législateur n'a certainement pas voulu cette absurdité. Ayant marqué, à l'art. 28 al. 3 StF, que l'administration ne devait pas être entravée dans l'accomplissement de sa tâche, il n'a pas édicté l'art. 320 ch. 2 CP pour la paralyser.

Cependant, cette disposition existe ; on ne peut simplement l'ignorer. Quel sens lui attribuer ? Nos difficultés viennent de ce que nous avons supposé que l'art. 320 CP réprimait toute révélation d'un secret appris à raison de l'emploi. C'est une erreur. Il ne vise pas les révélations que l'agent fait officiellement dans le cadre de ses attributions², de sorte que l'excuse absolutoire prévue par son chiffre 2 n'a trait qu'aux révélations faites à titre privé.

¹ Cf. supra, p. 117.

² Fût-il applicable en pareil cas, que l'agent bénéficierait néanmoins de l'impunité grâce à l'art. 32 CP ; cf. Hafter, Allgemeiner Teil, p. 160

CHAPITRE III

L'extinction du devoir de discrétion

I. Les dérogations étudiées au chapitre précédent ne suppriment pas le devoir de discrétion. Le droit ou l'obligation de livrer un secret à une personne déterminée — juge, fonctionnaire ou particulier — ne dispense pas de l'observer à l'égard des autres. Il continue donc de lier l'agent. Jusqu'à quand ? En d'autres termes, la réponse ne pouvant s'exprimer en unités de temps, quelles sont les circonstances propres à éteindre le devoir de discrétion ?

A. La disparition de l'intérêt au secret

Pourquoi l'art. 27 StF enjoint-il à l'agent de rester muet sur certaines affaires ? Parce que la Confédération ou des particuliers ont intérêt à ce qu'elles ne soient pas divulguées.¹ Si cet intérêt s'évanouit, le devoir de discrétion n'a plus de cause ; il prend fin. De même que pour la naissance de ce devoir, l'agent ne doit pas substituer sa propre conception de l'intérêt protégé à celle des gouvernants.²

Lorsque l'intérêt de la Confédération concourt avec celui d'un tiers, la disparition de l'un d'eux ne suffit pas, en général, à délier du secret. La Confédération peut avoir des raisons de maintenir un secret privé auquel l'individu qu'il touche a renoncé, à la publication duquel il a peut-être même expressément consenti. Sans doute ne peut-elle lui interdire de le révéler. Mais tant qu'elle y attache du prix, son personnel doit se taire.³ Inversement, un secret dont la Confédération ne tire plus aucun avantage continue de lier ses agents, s'il répond

¹ Cf. *supr.* p. 31.

² Cf. *supr.* p. 31.

³ Si le particulier l'a divulgué lui-même, l'art. 27 StF n'est plus applicable ; cf. lettre C ci-dessous.

encore à l'intérêt légitime d'un particulier.¹ Cet intérêt cesse toutefois de jouer un rôle dès l'instant où la Confédération tient à la divulgation.²

B. Une décision de l'office compétent

Il est loisible aux autorités compétentes de déclarer confidentielles, par des instructions de service, des affaires au secret desquelles la Confédération n'a pas d'intérêt.³ En pareil cas, l'absence d'intérêt ou sa disparition n'abolit donc pas l'obligation de rester discret. Seul un contre-ordre peut y mettre fin.⁴ Le devoir de discrétion issu d'une instruction de service subsiste aussi longtemps qu'elle n'est pas révoquée.

C. La suppression du secret même

Lorsqu'un secret cesse d'exister, l'obligation de le respecter n'a plus d'objet. Si, par un communiqué, l'autorité compétente annonce les résultats d'une enquête ou une décision qu'elle vient de prendre, les faits ainsi portés à la connaissance du public ne sont plus confidentiels. Les fonctionnaires peuvent en parler librement à n'importe qui.⁵

Quand un secret tombe-t-il ? Pour le dire, il faut connaître ses caractères. Cette question n'est pas identique à celle qu'étudie le premier chapitre. Nous avons tenté d'y circonscrire les affaires qui *doivent* rester secrètes. Nous nous demandons maintenant à quoi l'on reconnaît qu'un fait *est secret*. On saisit la différence : il y a des faits qui tomberaient en principe sous le coup de l'art. 27 StF, mais que, par suite d'une indiscretion, personne n'ignore ; il y en a d'autres que les agents de la Confédération ne sont pas tenus de taire et qui, néanmoins, ne parviennent pas à la connaissance du public. La définition des affaires qui doivent être tenues secrètes ne nous aide donc pas à identifier celles qui le sont effectivement.

¹ Esslinger, op. cit., p. 197.

² Cf. supra, p. 105 i. f.

³ Cf. supra, p. 33.

⁴ Esslinger, op. cit., p. 198.

⁵ Sous la réserve, toutefois, qui sera indiquée à la fin de la lettre C.

Un fait secret n'est ni notoire ni perceptible à chacun.¹ La notoriété ne suppose pas que tout le monde en ait connaissance. Il suffit que ceux qui le savent soient assez nombreux pour que, d'après le cours normal des choses, on doive s'attendre que quiconque finira par l'apprendre ou, du moins, pourra s'en instruire par des voies légales.² Il s'ensuit que la révélation illicite d'un secret ne lui est pas nécessairement fatale. Werner tient que toute trahison d'un secret l'abolit.³ Cette opinion, déduite d'un raisonnement théorique, est trop absolue. Le secret d'Etat que le fonctionnaire V. confie à sa femme n'est pas pour autant détruit. Je ne saurais m'autoriser de son indiscretion pour le rompre à mon tour.⁴ Au vrai, Werner distingue la confiance de la simple communication par l'obligation imposée au confident de ne pas ébruiter ce qu'il apprend.⁵ Mais la « communication » ne crée pas non plus la notoriété. Je puis révéler un fait, même à un journaliste, sans qu'il cesse d'être secret. Il ne perdra ce caractère que par un deuxième acte (dont je suis aussi responsable vis-à-vis de l'Etat, mais là n'est pas la question) : la publication. Sans doute, plus nombreux sont les confidents, plus le secret devient précaire. S'ils se muent en révélateurs, le moment viendra où le secret sera celui de la comédie. Il n'est naturellement pas possible de donner un critère numérique. Un fait qu'aucun obstacle (serrure, distance, volonté des confidents) ne sépare de ceux qui l'ignorent n'est plus secret.⁶

Si un secret peut donc survivre à des révélation individuelles, sa suppression ne dépend pas toujours de la notoriété de l'affaire. Un fait publié dans un journal ou un livre n'est pas

¹ Giesker, *op. cit.*, p. 4 ; Esslinger, *op. cit.*, p. 179 ; Fisch, *op. cit.*, p. 146 ; Lehmann, *op. cit.*, p. 23 ; R. Bätge, *Fahrlässige Delikte staatsgefährdender Geheimnisverletzung*, p. 14.

² Giesker, *eodem loco* ; Lehmann, *op. cit.*, p. 19.

³ Il écrit, *op. cit.*, p. 14 : « Un secret ne peut pas être plus ou moins inviolable : ou il est inviolé ou il n'existe point. On ne saurait dire, si ce n'est par licence, d'un secret qu'il est violé, car la violation d'un secret, c'est sa suppression ».

⁴ Zürcher, *op. cit.*, p. 12 ; la Cour de cassation française a jugé que des documents ne cessent d'être secrets que lorsque la divulgation a été telle que tous les intéressés pouvaient être en mesure de se les procurer ou de les connaître (Daloz, *Recueil périodique*, 1892, I, 175).

⁵ *Op. cit.*, p. 16.

⁶ Giesker, *op. cit.*, p. 4.

secret, même s'il passe inaperçu des lecteurs. En effet, rien n'empêche chacun d'en prendre connaissance. Ainsi, peu importe qu'un fait soit ignoré de la plupart, s'il est accessible à tous.

Que la notoriété ou l'accessibilité résulte de la divulgation ou d'une série de confidences particulières, dans les deux cas elle met fin au secret et, partant, au devoir de discrétion.

Une dernière embûche nous attend. *Quid* si la Confédération a intérêt à garder le silence sur une affaire éventée ? L'hypothèse n'est pas invraisemblable : le public a été instruit par une indiscretion, mais les autorités jugent préférable de ne pas confirmer officiellement le bruit qui court. En l'absence d'instructions expresses, ses agents doivent-ils rester muets ? Van Calker répond affirmativement, car, à son avis, l'indiscrétion n'a pas dépouillé l'affaire de son caractère confidentiel.¹ Cette raison violente les faits. Si l'affaire a été divulguée, l'Etat a beau tenir au secret, celui-ci n'existe plus, de sorte que l'art. 27 StF cesse de s'appliquer. Mais il ne s'ensuit pas que les employés qui ont traité l'affaire aient le droit d'en parler sans retenue. L'intérêt de la Confédération, qui est pour eux la loi suprême (art. 22 StF), peut leur ordonner le mutisme, alors même que l'art. 27 StF ne joue pas. Ils ne sauraient donc être trop circonspects. Il n'y a que la divulgation officielle — communiqué ou conférence de presse, publications telles que le rapport de gestion, la Feuille fédérale, « La Vie économique », déclarations à la tribune parlementaire par un membre du gouvernement — qui les préserve à coup sûr du risque d'être inquiétés.

II. Nous compléterons ce chapitre en indiquant des circonstances qui, contrairement à ce qu'on pourrait supposer, n'influent pas sur le devoir de discrétion.

A. La défense des intérêts personnels de l'agent

Soit un fonctionnaire violemment malmené dans un journal à raison d'un acte de gestion ; il lui serait facile de se blanchir en rompant un secret ; en a-t-il le droit ? S'il s'agit d'un secret, fût-ce de nature privée, utile à la Confédération, la réponse

¹ Op. cit., p. 145 i. f.

n'est pas douteuse : il doit le respecter. L'en juger délié reviendrait à mettre son intérêt au-dessus de celui de l'Etat, ce qui est inadmissible, même quand les critiques manquent de base. Cette considération tombe lorsque le secret est gardé dans l'intérêt exclusif d'un administré. Cependant, nous ne pensons pas que l'attaque dont un fonctionnaire est l'objet de la part de A. l'autorise à trahir le secret de B. Les confidences que celui-ci a faites à un agent de l'autorité — soit spontanément, à l'appui d'une requête, soit pour répondre à des questions — ne doivent pas être à la merci du comportement d'un tiers. En revanche, au cas où B. est l'« agresseur », Esslinger¹, Fisch² et Giesker³ estiment que son secret peut être livré par le fonctionnaire visé, si ce dernier n'a pas d'autres moyens de se défendre. A l'appui de cette opinion, on peut certes avancer que l'Etat n'astreint pas ses agents à garder des secrets privés pour les exposer aux critiques de ceux qui bénéficient de leur silence et que celui qui abuse de cette protection cesse de la mériter. Mais cet argument n'est pas péremptoire. L'intérêt d'un particulier au secret ne devient pas illégitime à cause de sa diatribe contre un fonctionnaire. Supposé que la divulgation d'un secret privé se justifie, nous doutons qu'il appartienne à l'agent pris à partie d'en juger. Remarquons d'ailleurs que si les accusations ou les reproches qui pèsent sur lui sont graves les autorités supérieures ne laisseront pas d'ordonner une enquête, puis de renseigner l'opinion publique. Il importe trop à l'administration de conserver la confiance des administrés pour ne pas disculper ses agents accusés à tort d'actes répréhensibles.⁴ Nous en concluons que le fonctionnaire qui, de son chef, trahit un secret privé pour se défendre contre une attaque, même téméraire, viole l'art. 27 StF.⁵

Cette solution est-elle plus rigoureuse qu'en droit pénal, le fonctionnaire prévenu d'avoir enfreint l'art. 320 CP dans les circonstances décrites ci-dessus ne pouvant manquer d'exciper de la légitime défense ? Non ; car ce moyen ne serait pas

¹ Op. cit., p. 198 s.

² Op. cit., p. 147.

³ Op. cit., p. 156. Cet auteur, il est vrai, ne l'admet que pour les secrets qui ont été confiés spontanément à la Confédération.

⁴ Esslinger, op. cit., p. 199.

⁵ Van Calker, op. cit., p. 162.

fondé. La légitime défense suppose une attaque actuelle.¹ Dans notre hypothèse, l'attaque est terminée au moment de la riposte.

B. La désinvestiture²

Le législateur s'étant explicitement prononcé, la question n'est plus discutable : le devoir de discrétion survit aux rapports de service (art. 27 al. 2, 28 al. 2 StF). Cette solution consacre la doctrine dominante.³ L'idée qu'un serviteur de l'Etat doit rester muet sur des affaires officielles après la cessation de ses services est profondément enracinée.^{4 5}

La plupart des auteurs enseignent que celui qui trahit un secret de fonction après l'expiration des rapports de service

¹ Hafter, Allgemeiner Teil, p. 144 ; Thormann & Overbeck, rem. 8 ad art. 33 ; Logoz, op. cit., p. 132 ; Clerc, op. cit., partie générale, p. 94.

² Terme employé par Jèze, Les principes généraux du droit administratif, t. II p. 565.

³ Giesker, op. cit., p. 138 ; Esslinger, op. cit., p. 194 ; van Calster, p. 158. D'après ce dernier auteur, le devoir de fidélité envers l'Etat, d'où procède l'obligation au secret, n'est pas limité dans le temps. C'est peut-être exact en droit allemand, mais non en droit suisse.

⁴ Au XVIII^e siècle, les fonctionnaires prussiens devaient jurer de respecter le secret jusque dans leur tombe ; van Calster, op. cit., p. 130.

⁵ A ce sujet, nous croyons intéressant de reproduire la lettre, probablement inédite, que Numa Droz écrivit, le 26 décembre 1896, au Conseil fédéral :

« Monsieur le Président et Messieurs,

Comme vous le verrez par les deux lettres ci-jointes, M. Soldati, juge fédéral, demande à titre personnel mon témoignage dans un procès de presse au Tessin, sur des faits qui concernent l'activité du Conseil fédéral pendant les troubles de 1890. Il désirerait obtenir un exemplaire du projet de message qui fut rédigé alors.

Bien que j'aie conservé ce projet de message, dont je suis l'auteur, je n'ai pas cru devoir le remettre à M. Soldati ni même lui dire que je le possédais encore. Je lui ai répondu qu'il devait s'adresser à la Chancellerie fédérale.

Dans une seconde lettre, M. Soldati me demande, pour le cas où ce document n'existerait plus, de réunir mes souvenirs sur le point qui l'intéresse et de lui en faire part. Je ne crois pas non plus devoir déférer à ce désir.

A ma connaissance, le Conseil fédéral n'a jamais admis d'obligation, pour lui ni pour ses membres, de livrer des documents ou de déposer comme témoins dans des procès qui intéressent des tiers. Bien qu'aucune prescription fédérale ne ferme la bouche à un membre sorti du Conseil fédéral, j'estime qu'il y aurait des inconvénients à ce que soit volontairement, soit par réquisition, il fournisse de telles informations à la justice.

C'est pourquoi je ne donnerai pas suite à la demande de M. Soldati. Quant au projet de message que j'ai gardé dans mes papiers au

n'est passible d'aucune sanction disciplinaire. Cette opinion, juste autrefois, appelle aujourd'hui un correctif. L'art. 25 al. 2 des statuts de la caisse fédérale d'assurance du 27 mai 1942 permet de réduire ou de supprimer la rente « lorsque le bénéficiaire a commis un acte tel que le versement ultérieur de la rente ne peut plus être raisonnablement exigé de la Confédération »¹. Cette mesure, qui pourrait certainement s'appliquer en cas de contravention à l'art. 27 StF, nous paraît assimilable à une peine disciplinaire. Elle est évidemment exclue à l'égard des anciens agents qui n'ont pas droit aux prestations de la caisse. En revanche, la sanction pénale joue dans tous les cas (art. 320 ch. 1 al. 2 CP).

lieu de le jeter au panier comme ont sans doute fait mes collègues, je crois devoir le remettre en vos mains, puisqu'il prend ainsi une valeur inattendue.

Voici du reste comment la partie de ce message qui intéresse M. Soldati a pris naissance.

Le mercredi 17 septembre 1890, date indiquée dans ce document, j'étais occupé à dicter le message en question lorsque M. Ruchonnet, alors président, me fit appeler à son bureau. J'y trouvai le conseiller d'Etat Bonzanigo et son frère, qui s'étaient enfuis du Tessin au moment de la révolution et qui, après diverses pérégrinations, venaient d'arriver à Berne, l'esprit encore très frappé, car ils se figuraient que leur vie était ou avait été menacée. Le conseiller d'Etat nous raconta avec une grande excitation ce qu'il avait vu et nous exposa très au long quelles étaient, selon lui, les causes de la révolution et quels seraient les moyens à employer pour apaiser les esprits. Au sortir de cet entretien, j'en dictai immédiatement le résumé tel qu'il figure dans le projet de message.

Il sera facile de voir, par les procès-verbaux du Conseil fédéral, quelles sont les modifications qui ont été apportées au texte primitif et peut-être aussi les motifs de la suppression du passage relatif à M. Respini.

Quoi qu'il en soit, sitôt le projet de message revenu de l'imprimerie, je me hâtai d'en envoyer un exemplaire à M. Künzli pour avoir ses observations. C'est cet exemplaire que j'ai gardé avec sa lettre du 21 septembre, qui, ayant un caractère plutôt personnel, n'appartient pas aux actes.

Je joins ces deux pièces à la présente pour que vous en puissiez faire l'usage qui vous conviendra.

Je saisis d'ailleurs cette occasion pour vous renouveler, Monsieur le Président et Messieurs, les assurances de ma haute considération.

Droz. »

La Chancellerie lui répondit, le 8 janvier 1897, que le Conseil fédéral approuvait pleinement sa manière de voir et estimait, comme lui, qu'il devait refuser son témoignage sur des faits dont il n'avait eu connaissance que comme membre du gouvernement et dans l'exercice de fonctions officielles.

¹ Les statuts de la caisse d'assurance du personnel des CFF contiennent une disposition identique.

CHAPITRE IV

Les conséquences de la violation du devoir de discrétion

Prenant pied sur l'art. 110 Cst de 1848, puis sur l'article 117 Cst 1874, lequel proclame que les fonctionnaires fédéraux sont responsables de leur gestion, le législateur a instauré une triple responsabilité : disciplinaire, pénale et pécuniaire. Chacune d'elles a déjà retenu l'attention de maint juriste. Aussi, la violation du secret administratif ayant les mêmes conséquences que les autres manquements aux devoirs de service (qu'elle entraîne ou non l'extinction du secret), serait-il vain de creuser ici le sujet. Il y faudrait plus d'un volume, qui n'aurait même pas le mérite de l'inédit. C'est pourquoi nous nous contenterons de poser quelques jalons, en nous résignant à ce que notre exposé soit nécessairement fragmentaire et décousu.

I. La *responsabilité disciplinaire* est régie par les art. 30 à 32 StF, ainsi que par les art. 23 à 35 du règlement I, 18 à 28 du règlement II. Elle suppose une faute de l'agent : soit l'intention, soit une négligence ou une imprudence. Partant, les révélations illégales sont presque toutes passibles d'un châtiment disciplinaire. La plupart sont certainement intentionnelles. En revanche, l'agent qui, sachant que des ouvriers exécuteront des réparations dans son bureau entre 12 et 14 heures, oublie de serrer un document confidentiel dont ils prennent connaissance pêche par négligence. Quoique extrêmement rare, l'abandon d'un secret sans faute du révélateur n'est pas inconcevable. Dans des circonstances où l'on ne pouvait exiger qu'il usât de précautions spéciales, G. confie par téléphone un secret de service à un inconnu, qui se donnait faussement pour le chef de section T.

On dévoile parfois un secret à son insu.¹ En général, nous ne sommes pas responsables des tours que nous jouent nos nerfs.

Quels sont les rapports entre la poursuite pénale et la poursuite disciplinaire ? Les supérieurs peuvent-ils sévir contre un agent en raison de l'acte même pour lequel il a été acquitté par le tribunal répressif ? Cette question, naguère très agitée², est réglée, en droit fédéral, par l'art. 30 ch. 4 StF ; l'action pénale, quelle qu'en soit l'issue, n'influe pas sur la procédure disciplinaire. Elles ne dépendent pas l'une de l'autre, sous cette seule réserve que l'enquête pénale a généralement la priorité (art. 30 al. 3). Le principe *ne bis in idem* ne s'applique donc pas.

En ce qui concerne la procédure et la compétence des agents disciplinaires, nous nous référons aux art. 26 s du règlement I, 21 s du règlement II et 117 s OJ, ainsi qu'à la thèse de M. Letsch.³

Les délibérations de la Société suisse des juristes, le 9 septembre 1946, à Neuchâtel⁴, nous engagent toutefois à préciser que si la poursuite pénale d'un fonctionnaire fédéral est peut-être régie par le principe de la légalité⁵, l'action disciplinaire obéit au principe de l'opportunité.⁶

II. Tout manquement aux devoirs fonctionnels n'engage pas la *responsabilité pénale* de l'agent. Comme le note le Conseil fédéral, ces devoirs ne consistent pas seulement à accomplir un certain nombre d'actes déterminés ; « ils s'étendent à toute la conduite du fonctionnaire dans le service et hors du service, à sa personne entière ». ⁷ Or, la répression pénale ne peut être déclenchée qu'à l'encontre des infractions à ceux de ces devoirs que définit la loi pénale⁸ (cf. titre 18^e CP). C'est pourquoi la

¹ Cf. supra, p. 38.

² Escher, op. cit., p. 146 à 148 ; Fleiner, Bundesstaatsrecht, p. 269 ; Duguît, op. cit., t. III, p. 274 s, 279 s ; Letsch, Disziplinargewalt über Bundesbeamte und Rechtsschutz in Disziplinarsachen, p. 36 s.

³ Op. cit., p. 96 ss.

⁴ Actes de la Société, 1946, p. 367a ss.

⁵ Lüthi, Das Verfahren in Beamtenstrafsachen, Revue pénale suisse, t. 58, p. 259.

⁶ Message, p. 114.

⁷ Message, p. 113 ; c'est pourquoi le droit disciplinaire répudie l'adage « nulla poena sine lege ».

⁸ Duguît, op. cit., t. III, p. 276 ; Letsch, op. cit., p. 41 ; Escher, op. cit., p. 126 ; Message, p. 114.

plupart des écarts que commet un fonctionnaire ne sont frappés d'aucune peine criminelle.

En matière de secret administratif, cet hiatus n'existe pas. Il ressort de notre chapitre premier, section IV, que la notion de secret au sens de l'art. 320 CP coïncide exactement avec celle de l'art. 27 StF, de sorte que, du point de vue objectif, il n'y a pas de violation de l'art. 27 StF qui ne tombe sous le coup de l'art. 320 CP. Seule l'absence de l'élément intentionnel peut exclure l'application de ce dernier article.

Pour les détails, nous renvoyons aux thèses d'Issler et de Grossmann et, en ce qui concerne la procédure, à l'article de M. Lüthi.

III. Le fonctionnaire qui, sans droit, cause un dommage dans l'exercice de sa charge est tenu de le réparer. Mais les règles applicables ne sont pas les mêmes s'il lèse la Confédération ou un administré. Aussi s'agit-il de distinguer les deux faces (l'une interne, l'autre externe) de sa *responsabilité pécuniaire*. Beaucoup d'auteurs¹ la qualifient de « civile », sans doute à cause de son analogie avec celle du particulier. Les rapports du fonctionnaire et de l'Etat relevant, d'après la *communis opinio*², du droit public uniquement, il paraît plus exact de parler de responsabilité pécuniaire.³

A. *Vis-à-vis de la Confédération*, le fonctionnaire est responsable en vertu de l'art. 29 StF. Il doit réparer le préjudice qu'il lui cause en violant ses devoirs de service, soit intentionnellement, soit par négligence ou par imprudence. En ce qui concerne la faute, les conditions sont donc les mêmes que pour la responsabilité disciplinaire. Quant au dommage, M. Sager enseigne que seul un préjudice matériel peut être pris en considération.⁴ La question est particulièrement importante en matière de secret. Souvent, la révélation entamera la confiance des

¹ Duguît, op. cit., t. III p. 291 s ; Fleiner, Bundesstaatsrecht, p. 270 ; Institutionen, p. 276 ; Ruck, Verwaltungsrecht, p. 145 ; Escher, op. cit., p. 156 s ; Leimgruber, op. cit., p. 318 s ; Letsch, op. cit., p. 35.

² En soutenant que, étant donné le consentement du fonctionnaire — auquel le droit positif n'a pas renoncé — on est en présence d'une situation hybride, dont le droit public ne rend pas entièrement compte, Burckhardt (Die wohlerworbenen Rechte des Beamten, ZbJV t. 64 p. 601) et Kern (op. cit., p. 42 s) ne serrent-ils pas la réalité de plus près ?

³ Sager, op. cit., p. 1 s.

⁴ Op cit., p. 61.

administrés, compromettra le succès d'une mesure, entravera la mission de nos négociateurs, sans se traduire par une diminution du patrimoine de la Confédération ou de ses ressources. L'Etat peut-il exiger que l'indiscret l'indemnise ? Une personne juridique pouvant, elle aussi, être lésée dans ses intérêts personnels (ATF 64 II 22 et citations), nous ne voyons pas pourquoi la Confédération ne bénéficierait pas de la protection de l'art. 49 CO, certainement visé par le renvoi de l'art. 29 al. 3 StF.

B. *Vis-à-vis des particuliers*, l'agent est responsable, en vertu, selon les cas, soit de la loi du 9 décembre 1850, soit des art. 41 ss. CO. Deux exemples éclaireront la distinction.

1. Le chef de section D. autorise le requérant L. à consulter le dossier de son affaire, mais oublie d'en retirer une lettre par laquelle un concurrent prie l'autorité de rejeter la requête et donne, sur sa propre entreprise, des indications confidentielles, grâce auxquelles L. va l'évincer de plusieurs marchés.

2. Employé dans une section de l'économie de guerre, S. apprend, de par ses fonctions, des secrets d'affaires de nombreuses entreprises. Il révèle au fabricant K. des secrets d'un de ses concurrents, ce qui permet à K. de lui enlever des clients.

A première vue, les deux cas se ressemblent fort, à ceci près que, intentionnelle dans le deuxième, l'indiscrétion est due à une négligence dans le premier. Et pourtant, les règles applicables ne sont pas les mêmes.

Ayant agi dans l'accomplissement de sa gestion, c'est-à-dire à titre officiel, D. répond de son acte conformément à la loi de 1850 (art. 2, 4, 5, 7, 11 s). Mais cette loi n'a pas trait à l'activité privée de l'agent. C'est pourquoi S., qui n'a point dévoilé un secret dans l'exercice de ses fonctions, ne pourrait pas être actionné en vertu de cet acte législatif. Il doit être recherché selon le droit commun : art. 41 s CO¹. Dans son cas, il s'agit bien de responsabilité civile.

Quoique l'art. 7 de la loi de 1850 ne mentionne pas la faute de l'agent, il a toujours été admis que, sans elle, il n'y avait pas de responsabilité.² Cette faute peut être commise intentionnellement ou par négligence.³ Par conséquent, que le fonction-

¹ JAAC IV No 18.

² Burckhardt, Droit fédéral, 522 III ; 555 V ; Sager, op. cit., p. 104 ; Ruck, Verwaltungsrecht, p. 145.

³ Sager, op. cit., p. 105.

naire ait causé le dommage en qualité officielle ou comme particulier, sa responsabilité est régie par les mêmes principes. N'en déduisons pas que la distinction que nous venons d'esquisser est sans valeur pratique. Elle influe sur la procédure. Certes, les tribunaux civils sont compétents dans tous les cas. Mais lorsque le tiers est lésé par un acte de gestion, il doit d'abord porter son action devant le Conseil fédéral (art. 43 de la loi de 1850). Pour le surplus, nous nous référons à la monographie de M. Sager.

CONCLUSION

On ne peut s'occuper du secret administratif sans vérifier le mot de Spinoza : « Les affaires humaines iraient certes beaucoup mieux s'il était au pouvoir des hommes de se taire aussi bien que de parler ». ¹ C'est précisément ce qui justifie l'intervention du législateur. Il faut enjoindre aux fonctionnaires ce mutisme si peu naturel. Mais la discrétion à observer ne saurait être absolue. Le problème consiste donc à tracer une ligne de démarcation entre les faits confidentiels et ceux qui peuvent être divulgués. Les auteurs de la loi du 30 juin 1927 l'ont, dans l'ensemble, bien résolu. Ils n'ont, assurément, posé que des principes ; mais ces principes sont judicieux. Les critiques que nous ont inspirées les art. 27 et 28 StF ne portaient que sur des points de détail. Si l'on envisageait un jour de retoucher ces dispositions, nous proposerions les textes suivants :

Secret de
onction

Art. 27

Le fonctionnaire est tenu de garder le secret sur les affaires de service dont la révélation risquerait de nuire soit à la Confédération soit à des tiers, à moins, dans ce dernier cas, qu'elle ne soit commandée par le bien commun.

Cette obligation subsiste après la cessation des rapports de service.

Obligation
de déposer
en justice

Art. 28

Le fonctionnaire ne peut déposer en justice, comme partie, témoin ou expert, sur des affaires secrètes en vertu de l'art. 27 qu'avec l'autorisation de l'office compétent.

Cette autorisation ne peut être refusée que si l'intérêt du pays l'exige.

Elle est aussi nécessaire après la cessation des rapports de service.

Le Conseil fédéral désigne les offices compétents et règle la procédure.

¹ III^e partie, scolie de la proposition II.

Sied-il de préciser que l'intérêt de tiers ne met pas obstacle à une révélation utile à l'Etat ? On dira que cela va de soi. C'est exact. Nous croyons néanmoins expédient de prévenir les réclamations que ne manqueraient pas d'élever les particuliers lésés par une révélation, si l'on supprimait le dernier membre de phrase, à l'art. 27 al. 1. A l'art. 28 al. 2, nous n'avons pas mentionné la bonne marche de l'administration, parce que le pays a intérêt à ce qu'elle ne soit pas entravée.¹ Nous reconnaissons toutefois que, pratiquement, le dernier membre de phrase de l'actuel art. 28 al. 3, n'est pas indéfendable.

Quant aux questions qui se posent encore (fourniture de renseignements à d'autres services, aux administrations cantonales et communales, à des particuliers), on pourrait songer à les régler par une instruction de service. Il faudrait alors distinguer, pour chaque catégorie de requérants, selon que l'intérêt de la Confédération commande la révélation, ou que, sans la commander, il ne s'y oppose pas, ou encore qu'il s'y oppose résolument. Ces distinctions, parfois subtiles, quoique nécessaires, risqueraient d'induire en erreur. De plus, les agents autorisés à entrer en rapport avec d'autres services ou des tiers ne représentent qu'une petite fraction du personnel fédéral. C'est pourquoi, tout considéré, il nous paraît préférable de s'en tenir aux principes énoncés par la loi. Comme elle ne prévoit pas expressément les exceptions que notre étude nous a amené à dégager, il y aura sans doute encore trop de refus. Mais le recours hiérarchique permet d'y remédier, tandis qu'il n'est pas possible d'annuler une révélation illégitime.

¹ Cf. *infra*, p. 70.

TABLE DES ABRÉVIATIONS

ACF	Arrêté du Conseil fédéral.
AF	Arrêté fédéral.
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral.
Bull. st.	Bulletin sténographique.
CE	Conseil des Etats.
CN	Conseil national.
CP	Code pénal suisse.
CPC	Code de procédure civile.
CPP	Code de procédure pénale.
Cst	Constitution fédérale.
FF	Feuille fédérale.
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération.
LF	Loi sur le travail dans les fabriques.
Message	Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale du 18 juillet 1924 à l'appui d'un projet de loi sur le statut des fonctionnaires fédéraux.
OAF	Loi du 26 mars 1914 sur l'organisation de l'administration fédérale.
OJ	Loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943.
PCF	Loi du 22 novembre 1850 sur la procédure à suivre par devant le Tribunal fédéral en matière civile.
PPF	Loi fédérale du 15 juin 1934 sur la procédure pénale.
Règlement I	Ordonnance du 24 octobre 1930 sur les rapports de service des fonctionnaires de l'administration générale de la Confédération (règlement des fonctionnaires I).
Règlement II	Ordonnance du 24 octobre 1930 sur les rapports de service des fonctionnaires des Chemins de fer fédéraux (règlement des fonctionnaires II).
RO	Recueil officiel des lois et ordonnances de la Confédération suisse.
StF	Loi fédérale du 30 juin 1927 sur le statut des fonctionnaires.
ZBl	Schweiz. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung.

BIBLIOGRAPHIE

- A. Affolter Grundzüge des schweiz. Staatsrechts, 2^e éd., Berne, 1923.
- R. Bätge Fahrlässige Delikte staatsgefährdender Geheimnisverletzung, Erlangen, 1934.
- R. Bernheimer Der Begriff und die Subjekte der verfassungsmässigen Rechte nach der Praxis des Bundesgerichtes, Zurich, 1930.
- H.-W. Blass Die Berufsgeheimhaltungspflicht der Aerzte, Apotheker und Rechtsanwälte, Zurich, 1944.
- J.-J. Blumer Handbuch des schweiz. Bundesstaatsrechtes, 3^e éd., Bâle, 1891.
- J.-C. Bluntschli Geschichte des schweiz. Bundesrechtes, 2^e éd., Stuttgart, 1875.
- L. Boissier Le principe de la séparation des pouvoirs dans l'établissement de la démocratie en Suisse, Genève, 1919.
- E. Borel Etude sur la souveraineté et l'Etat fédératif, Berne, 1886.
- W. Burckhardt Kommentar der schweiz. Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 1^{re} éd., Berne, 1905 ; 3^e éd., Berne, 1931.
- Le droit fédéral suisse, Jurisprudence du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale en matière de droit public et de droit administratif depuis 1903, Neuchâtel, 1930.
- Organisation der Rechtsgemeinschaft, 2^e éd., Zurich, 1944.
- Ueber Gewaltentrennung und Unvereinbarkeit im schweiz. Staatsrecht ; Festgabe für Philipp Lotmar, Berne, 1920.
- Die wohlerworbenen Rechte des Beamten, Revue des juristes bernois, t. 64, p. 57 s.
- W. van Calker Die Amtsverschwiegenheitspflicht im deutschen Staatsrecht ; Festgabe für Otto Mayer, Tubingue. 1916.

- E. Chapuisat La notion d'administration et le secret, Genève, 1904.
- F. Clerc Introduction à l'étude du code pénal suisse, partie générale, Lausanne, 1942.
Cours élémentaire sur le code pénal suisse, partie spéciale, tome II, Lausanne, 1945.
- F.-H. Comtesse Begriff und Schutz des Geheimnisses im schweiz. Strafgesetzbuch, Revue pénale suisse, 1942, page 257 s.
- J. Dubs Das öffentliche Recht der schweiz. Eidgenossenschaft, Zurich, 1877.
- L. Duguît Traité de droit constitutionnel, 3^e éd., Paris, 1930.
- H. Escher Schweiz. Bundesbeamtenrecht, Zurich, 1903.
- F. Esslinger Das Amtsgeheimnis und dessen Verletzung, Zurich, 1906.
- H. Fisch Amtsgeheimnis und Verantwortlichkeit des Zivilstandsbeamten, Revue de l'état civil, 1936.
- F. Fleiner Schweiz. Bundesstaatsrecht, Tubingue, 1923.
Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8^e édition, Tubingue, 1928.
- H. Giesker Das Recht des Privaten an der eigenen Geheim-sphäre, Zurich, 1905.
- P. Graff Le système de l'administrateur-juge en droit fédéral suisse, Lausanne, 1943.
- A. Grisel La liberté d'opinion des fonctionnaires en droit fédéral suisse, Neuchâtel.
- A.-M. Grossmann Die Verletzung des Amtsgeheimnisses auf Grund des Art. 320 des schweiz. Strafgesetzbuches, Zurich, 1946.
- E. Hafter Lehrbuch des schweiz. Strafrechts, Allg. Teil, 2^e éd., Berne, 1946.
Schweiz. Strafrecht, Besonderer Teil, zweite Hälfte, Berlin, 1943.
- M. Hauriou Principes de droit public, Paris, 1910.
Précis de droit constitutionnel, 2^e éd., Paris, 1929.
- P. Huber Das Dienstverhältnis des Bundesarbeiters, Zurich, 1928.

- P. Issler Die Verletzung des Amtsgeheimnisses nach schweiz. Retch. Strafgesetzbuch Art. 320, thèse bâloise (dactylographiée), 1944.
- G. Jèze Les principes généraux du droit administratif, 3^e éd., Paris.
- H. Kelsen Justiz und Verwaltung, Vienne, 1929.
- Th. Kern Das Dienstrecht des Bundespersonals, insbesondere die Vermögensrechte infolge Beendigung und Umgestaltung des Dienstverhältnisses, Berne, 1935.
- R. Köstler Postgeheimnis — Amtsgeheimnis — Briefgeheimnis, Zeitschrift für öffentliches Recht, III^e t., Vienne et Leipzig, 1922/23.
- Lampert Das schweiz. Bundesstaatsrecht, Zurich, 1918.
- E.-A. Lehmann Die Verletzung fremder Geheimnisse nach geltendem Strafrecht und den neuern Entwürfen, insbesondere nach Strafgesetzentwurf 1927, Tübingue, 1932.
- O. Leimgruber Das Personal der öffentlichen Verwaltungen und Betriebe in der Schweiz, Zurich, 1933.
- R. Letsch Disziplinalgewalt über Bundesbeamte und Rechtsschutz in Disziplinarsachen, Rapperswil, 1933.
- P. Logoz Commentaire du code pénal suisse, partie générale, Neuchâtel, 1939.
- W. Lüthi Das Verfahren in Beamtenstrafsachen, Revue pénale suisse, 1944, p. 245 s.
- W. Mahler Spionage und ihre strafrechtliche Bekämpfung im schweiz. Recht, Zurich, 1937.
- H. Marti Das Verordnungsrecht des Bundesrates, Zurich, 1944.
- O. Mayer Le droit administratif allemand, édition française par l'auteur, Paris, 1903.
- O. Mayer Das Amtsgeheimnis, Greifswald, 1911.
- P. Neumann Grenzen der Zeugnispflicht im Strafprozess, Aarau, 1930.
- W. Oswald Die Gewaltentrennung im schweiz. Staatsrecht, Z. S. R., 1943.
- E. Ruck Schweiz. Staatsrecht, 2^e éd., Zurich, 1939.
Schweiz. Verwaltungsrecht, 2^e éd., Zurich, 1939.

- A. Sager Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit der eidg. Behörden und Beamten aus rechtswidrigen Amtshandlungen dem Bunde und den Dritten gegenüber, Dietikon, 1941.
- de Salis Le droit fédéral suisse, Jurisprudence du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale en matière de droit public et de droit administratif depuis le 29 mai 1874, 2^e éd., Berne, 1904.
- E. Schäppi Die Zeugnispflicht der Bundesbeamten, Schweiz. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, 1911.
- J. Schollenberger Das Bundesstaatsrecht der Schweiz, 2^e éd., Berlin, 1920.
- R. Secrétan La situation juridique des fonctionnaires, Lausanne, 1930.
- A. Siebner Das Berufsgeheimnis auf Grund des eidg. Strafgesetzbuches, Berne, 1943.
- G. Spitzer Das Postgeheimnis, Zurich, 1937.
- F. Stalder Die Ausnahmen von der Zeugnispflicht im bernischen Strafverfahren, Berne, 1937.
- Ph. Thormann Schweiz. Strafgesetzbuch, Allg. Teil, Zurich, et A. von Overbeck 1940 ; Besonderer Teil, Zurich, 1941.
- A. de Tocqueville De la démocratie en Amérique, 16^e éd., Paris, 1874 (la 1^{re} éd. date de 1834).
- R.-U. Ullmer Le droit public suisse, Neuchâtel, 1864 et 1867.
- M. Waline Le secret professionnel des fonctionnaires, Dalloz, Recueil périodique et critique, 1930 ; chronique, p. 65 ss.
- G. Werner Le secret professionnel, Genève, 1907.
- A. Wuilleumier Le secret professionnel, Schweiz. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, t. 40, p. 97 s.
- E. Zürcher Das Amtsgeheimnis nach eidgenössischem und zürcherischem Recht, Schweiz. Zentralblatt für Staats- und Gemeinderverwaltung, t. II, p. 9 s.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	7
------------------------	---

CHAPITRE PREMIER

Le devoir de discrétion

Section I. La notion d'affaires de service	13
Section II. Les affaires de service confidentielles	20
§ 1. La nature de l'affaire	23
§ 2. Les instructions spéciales	33
Section III. La divulgation	38
Section IV. Comparaison avec l'art. 320 CP	40

CHAPITRE II

Les dérogations au devoir de discrétion 43

Section I. Obligation de renseigner la justice	43
§ 1. Le problème	43
§ 2. La solution adoptée	44
§ 3. Est-elle légitime ?	44
A. Dans les rapports entre l'administration et la juridiction fédérales	45
B. Dans les rapports entre l'administration fédérale et la juridiction cantonale	49
1. Historique	50
2. Discussion du problème	56
3. L'opinion du Tribunal fédéral	62
C. Conclusion	65
§ 4. Est-elle nécessaire ?	66
§ 5. Les principes que doit observer l'adminis- tration	66
§ 6. La pratique des autorités administratives	72

§ 7. Champ d'application de l'art. 28 StF	83
§ 8. Effets de l'autorisation de déposer en justice	86
§ 9. La procédure	88
Section II. Communication de renseignements à d'autres fonctionnaires fédéraux	90
§ 1. En général.	90
§ 2. Obligation de dénoncer	98
Section III. Communication de renseignements aux administrations cantonales et communales	104
Section IV. Communication de renseignements à des particuliers	108
§ 1. Sur l'initiative de l'administration	108
§ 2. A la demande de tiers	109
Section V. Relation avec l'art. 320 ch. 2 CP	120

CHAPITRE III

<i>L'extinction du devoir de discrétion</i>	122
I. Circonstances propres à éteindre le devoir de discrétion	122
A. La disparition de l'intérêt au secret	122
B. Une décision de l'office compétent	123
C. La suppression du secret même	123
II. Circonstances qui n'influent pas sur le devoir de discrétion	125
A. La défense des intérêts personnels de l'agent	125
B. La désinvestiture	127

CHAPITRE IV

<i>Les conséquences de la violation du devoir de discrétion</i>	129
Conclusion	134
Table des abréviations	136
Bibliographie	137

